Pflichten und Rechte der Mitglieder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (G. m. b. H.)

DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät an der Universität Bern

vorgelegt von

PETER NEUENSCHWANDER

von Höfen b. Thun

Bern — 1940

Gedruckt bei Mettler & Salz A.-G., Bern

Pflichten und Rechte der Mitglieder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (G. m. b. H.)

DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät an der Universität Bern

vorgelegt von

PETER NEUENSCHWANDER

von Höfen b. Thun

Bern — 1940

Gedruckt bei Mettler & Salz A.-G., Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 25. April 1940 auf Antrag von Prof. Dr. *Hans Fehr* als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 5

I. Die Pflichten der Mitglieder 10

§ 1. Die Leistung der Stammeinlage 10
a) Inhalt der Leistung 13
b) Verzug und seine Folgen 25

§ 2. Die Nachschusspflicht 30
a) Begriff und Inhalt der Verpflichtung 30
b) Umfang der Verpflichtung 32
c) Verzug des Mitgliedes 32

§ 2. Die Haftung der Gesellschafter 34
a) Für Ausfälle am Gesellschaftsvermögen 41
b) Haftung des austretenden u. des neuen Gesellschafters 47
c) Haftung bei Kapital-Erhöhung 48

§ 4. Anderweitige Verpflichtungen 51

II. Die Rechte der Mitglieder 59

A. VERMÖGENSRECHTLICHE SEITE
§ 5. Das Recht auf Gewinnanteil 59
§ 6. Das Recht auf Liquidationsanteil 64

B. VERWALTUNGSRECHTLICHE SEITE
§ 7. Das Recht auf Geschäftsführung und Vertretung . . . 70
§ 8. Das Kontrollrecht 76
§ 9. Das Stimmrecht 79
§ 10. Recht auf Austritt 86
§ 11. Recht auf Kündigung 91
§ 12. Das Anfechtungsrecht 94

C. ANDERWEITIGE RECHTE DER MITGLIEDER . . . 98

III. Schlussbetrachtung 101

Literaturverzeichnis 102

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547625_0085

Einleitung.

Damit wir den Inhalt nachstehender Arbeit leichter verstehen, wollen wir uns einleitend kurz die Entstehung der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH.) und ihren Aufbau ansehen.

I. Bei der Revision des schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 liess man das aus dem Jahre 1881 stammende und dem O. R. angegliederte Gesellschaftsrecht unberührt, trotzdem schon seit Einführung des deutschen GmbH.-Gesetzes am 20. April 1892 die Aufnahme der GmbH. ins schweizerische O. R. von vielen gefordert wurde. Die hauptsächlichsten Befürworter stammten aus Basler Handelskreisen, während sich vor allem die Zürcher Handelskammer einer Einführung der GmbH. in der Schweiz entgegenstellte, ebenso die Referate an der Tagung des schweizerischen Juristenvereins von 1904. [1]) Im Auftrage des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes arbeitete Eugen Huber einen ersten Entwurf zur Revision der Titel XXIV bis XXXIII aus. Diesem Entwurf vom Dezember 1919 fügte er nur als Anhang einen Vorschlag bei, wie eine schweizerische GmbH. ausgestaltet werden könnte. Damit waren auch schon die Vorarbeiten zu einer eventuell späteren Einführung geleistet. Definitive Aufnahme fand dann die GmbH. im Entwurf II. [2]) Die Gründe, welche dazu führten, wurden im Bericht wie folgt umschrieben: «Es ist Aufgabe der Gesetzgebung, den mannigfachen Bedürfnissen des wirtschaftlichen Lebens möglichst viele Rechtsformen zur Verfügung zu stellen». [3]) Ferner fehlte in der Schweiz die geeignete Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung für mittlere Unternehmungen. Ein weiterer Grund dürfte wohl auch darin liegen, dass alle Länder um uns die GmbH. aufgenommen hatten oder eine solche doch in Entwürfen vorlag. Aus Verkehrsrücksichten konnten sich diese ausländischen Gesellschaften im schweizerischen Handelsregister eintragen. Damit war auch schweizerischen Unternehmungen, die im Ausland ihren fiktiven Sitz wählten, die Möglichkeit geboten, sich als «ausländische» GmbH. in der Schweiz niederzulassen. [4])

---

[1]) Bericht zum Entwurf I S. 6 ff.
[2]) Titel XXIX Art. 785 bis 829.
[3]) Bericht zum Entwurf II S. 92.
[4]) Näheres bei Frick: «Die Frage der Einführung einer GmbH. in der Schweiz» und Protokoll S. 477.

Dieser E II wurde zur Durchberatung einer grossen Expertenkommission übertragen, wobei sich diese am 17. April 1925 mehrheitlich für die Aufnahme der GmbH. aussprach. Diese Expertenkommission nahm gegenüber dem Entwurf I verschiedene Aenderungen vor, wobei die abschliessende Redaktion einer besondern Redaktionskommission übertragen wurde.

Der Bundesrat unterbreitete mit Botschaft vom 21. Februar 1928 den eidgenössischen Räten einen dritten Entwurf, welcher in einer 3. Abteilung die Handelsgesellschaften (einschliesslich der GmbH.) und die Genossenschaften regelte. Nach Behandlung der Vorlage sprach sich am 22. Juni 1932 der Ständerat einstimmig für die Vorlage aus. Auch im Nationalrat wurde die Vorlage in der Wintersession 1934 gutgeheissen. Nach Bereinigung der Differenzen zwischen den beiden Räten erfolgte am 18. Dezember 1936 die Annahme des Gesetzes. Nach unbenützt abgelaufener Referendumsfrist trat das Gesetz am 1. Juli 1937 in Kraft.

II. Das Gesellschaftsrecht kennt allgemein die Teilung der Gesellschaften in Personal- und Kapitalgesellschaften oder was annähernd gleichbedeutend ist in individualistische und kapitalistische. [5]) Eine so scharfe Trennung lässt sich jedoch in der Praxis selten bewerkstelligen, da selbst eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft nach kapitalistischen und umgekehrt eine Aktiengesellschaft nach individualistischen Grundsätzen ausgebaut werden kann. Immerhin werden wir normalerweise von der Aktiengesellschaft als der ‚reinen Kapitalgesellschaft und von der Kollektivgesellschaft als der reinen Personalgesellschaft sprechen können.

Näher auf diese Unterscheidung einzutreten, würde zu weit führen. [6]) Erwähnen wollen wir nur noch, dass bei der Personalgesellschaft, wie der Name andeutet, die Person im Vordergrund steht. So tritt auch mindestens der Name eines Gesellschafters in der Firma auf, mit einem Zusatz, der auf das Gesellschaftsverhältnis schliessen lässt. Der Kredit der Gesellschaft hängt vom persönlichen Kredit der einzelnen Gesellschafter ab. Die unbeschränkte und solidarische Haftung bedeutet hier kein finanzielles und unabsehbares Risiko, da die Geschäftsleitung und Beaufsichtigung in den Händen der Gesellschafter liegen, sofern sie nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen. Für die Personalgesellschaft gilt also das Prinzip der «Selbstorganschaft». [7]) Sie eignet sich vor allem für kleine, fer-

---

[5]) Molitor S. 12 und Wieland ZSR 36, 207 Anm. 1.

[6]) Wieland Lehrbuch S. 473, Liefmann S. 24 und 36, Lehmann S. 227 ff., Gierke J. S. 129, Müller-Erzbach S. 173.

[7]) Gotthardt S. 46 f.

ner auch für mittlere Unternehmungen in all denjenigen Fällen, wo die Leitung der Geschäfte durch die Gesellschafter selbst noch möglich ist, mit andern Worten für Gesellschaften, bei welchen Betriebsmittel und Geschäftsführung in den gleichen Händen liegen.

Bei den Kapitalgesellschaften dagegen spielt die Person eine geringe Rolle. Vom Gesellschafter wird vor allem verlangt, dass er den gezeichneten Betrag wirklich auch leistet. Für die Beteiligten ist hier eine beschränkte Haftung Erfordernis, da ihnen in der Regel keine Geschäftsführung zukommt, Unternehmungsleitung und -besitz liegen in verschiedenen Händen. Die Leitung wird durch die von der Gesellschaft gewählten Organe besorgt, welche in einem Anstellungsverhältnis zur Gesellschaft stehen. Im Unterschied von Selbstorganschaft können wir hier von Drittorganschaft sprechen.

Unsere GmbH. liegt nun zwischen diesen beiden extremen Gesellschaftsformen. Im allgemeinen hat sich das Gesetz an die Regelung bei der Kollektivgesellschaft gehalten, lässt aber in den meisten Fällen die Ausgestaltung nach kapitalistischen Grundsätzen zu. Nehmen wir als Beispiel die Geschäftsführung und Vertretung.[8]) Subsidiär gilt die gesetzliche Bestimmung, dass alle Gesellschafter zur gemeinsamen Geschäftsführung und Vertretung berechtigt und verpflichtet sind (O. R. 811 Abs. 1). Durch die Statuten oder durch Gesellschafterbeschluss kann jedoch die Geschäftsführung und Vertretung auch an einen oder mehrere Gesellschafter (O. R. 811 Abs. 2) oder an Dritte (O. R. 812) übertragen werden, d. h. eine rein kapitalistische Regelung wählen. Auf weitere Beispiele kommen wir in dieser Arbeit noch zu sprechen. Infolge dieser vielseitigen Ausgestaltungsmöglichkeiten findet die GmbH. auf einem grossen Gebiete Anwendung.

Nach der gesetzlichen Begriffsumschreibung ist die GmbH. eine Vereinigung von zwei oder mehreren Personen oder Handelsgesellschaften mit einem zum voraus bestimmten Kapital und eigener Firma (O. R. 772), also eine Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. Die Gesellschaft kann zu irgend einem nach kaufmännischer Art geführten Betriebe gegründet werden, ausgeschlossen sind nur solche mit idealem Zweck.

Das Stammkapital ist nach unten wie nach oben begrenzt (O. R. 773). Die Zahl der Mitglieder ist mit mindestens zwei angegeben (O. R. 775). Praktisch kann die GmbH. wie die Aktiengesellschaft zur Einmanngesellschaft werden, denn von Amtes wegen wird gegen solche nicht eingeschritten (O. R. 775 Abs. 2).[9])

---

[8]) Vgl. § 7 der Arbeit.
[9]) Guhl GmbH. S. 7.

Die Gründung der GmbH. lehnt sich eng an die Simultangründung bei der Aktiengesellschaft an. Die Gesellschaft wird durch einseitige Willenserklärungen errichtet: sämtliche Gründer erklären in öffentlicher und von ihnen unterzeichneter Urkunde, eine GmbH. zu gründen und deren Statuten festzusetzen (O. R. 779). Sie ist ferner ins Handelsregister einzutragen.

Die Stammeinlage der Mitglieder sollen nicht als Aktien behandelt werden; wird über sie eine Urkunde ausgestellt, so wird diese bloss als Beweismittel betrachtet und nicht als Wertpapier. Die erschwerte Uebertragung, sowie die Einführung des Anteilbuches bezwecken eine engere Verknüpfung des Kapitals mit dem Betrieb, die Verhinderung des Handelns mit Anteilen und die Erschwerung der Kapitalbeschaffung in der Oeffentlichkeit. Dadurch wird der Wirkungsbereich der GmbH. gegenüber der Aktiengesellschaft abgegrenzt und jeder Gesellschaffsform ihr besonderes Gebiet vorbehalten. [10]) Eine ausdrückliche Scheidung gegenüber der Kollektivgesellschaft wird nicht als notwendig erachtet, denn diese wird sich in der Praxis von selbst ergeben. So verbleibt der Kollektivgesellschaft weiterhin der ihr vom Gesetzgeber zugedachte wirtschaftliche Lebensraum.

Als Abschluss zur Einleitung wollen wir noch kurz die grundsätzlichen Unterschiede zur deutschen GmbH. zusammenfassen, denn diese bildete unbestreitbar das Vorbild unseres Gesetzgebers. Dies erklärt auch die Anwendung einiger mehr dem deutschen Recht geläufigen Ausdrücke. Wo sich das deutsche GmbH.-Gesetz als mangelhaft erwies und zu Mißständen führte, wurde von unserem Gesetzgeber eine andere Regelung gewählt. [11])

Als besondere Abweichungen sind zu erwähnen:

das Haftsystem: persönliche, solidarische Haftung gegenüber Garantiehaftung des deutschen Gesetzes;

die Einführung des Anteilbuches (nach ehemaligem österreichischem Recht);

das Kontrollrecht besteht in einem verbesserten Schutz der Gläubiger und zugleich der Gesellschafter;

richterliche Ausscheidungs- und Auflösungsklage aus wichtigem Grunde, die im deutschen Recht fehlen;

Erschwerung der Abtretung und Sicherung der Einheitlichkeit des Mitgliedschaftsrechtes.

---

[10]) Bericht zum Entwurf I S. 173.
[11]) Vgl. dazu Braun S. 116.

Die weitgehende Uebernahme aktienrechtlicher Vorschriften bei der Bilanzierung, Herabsetzung des Stammkapitals, der Verantwortlichkeit und der Liquidation dient vor allem der Sicherung der Gläubiger und Gesellschafter und soll ausserdem ein Uebergreifen der GmbH. auf die der Aktiengesellschaft vorbehaltenen Anwendungsgebiete verhindern. [12])

[12]) Protokoll S. 475.

I. Die Pflichten der Mitglieder.

Die Pflichten, die den Mitgliedern einer GmbH. obliegen, ergeben sich aus einem Vergleich zwischen Gesetz und Statut. Wir können sie deshalb ihrer Entstehung nach in zwei Gruppen aufteilen, den gesetzlichen oder obligatorischen und den statutarischen oder fakultativen Pflichten. Zu den erstgenannten gehören u. a. die Leistung der Stammeinlage und die Solidarhaftung aller Mitglieder zur Einzahlung der Stammeinlagen bis zur Höhe des Stammkapitals. Die Einlagen können wohl durch die Statuten in verschiedenen Arten vorgesehen sein, Bareinlagen, Sacheinlagen oder gemischte Einlagen [1]), dürfen aber durch diese nicht ausgeschlossen werden. Die Nachschusspflicht und weitere im Gesetz nicht vorgesehene Verpflichtungen, die sog. Nebenleistungen, sind fakultativer Natur, weil sie nicht zu den Essentialen einer GmbH. gehören. Diese Pflichten können den Mitgliedern nur statutenmässig auferlegt werden. Aber auch eine spätere Aufnahme in die Statuten ist noch möglich, jedoch mit der Einschränkung, dass zu einer Vermehrung der Leistungen die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist (O. R. 784 Abs. 3).

Oberste Pflicht der Mitglieder ist die Unterordnung unter die Statuten. Mit der Uebernahme eines Gesellschaftsanteiles ist stillschweigend auch die Annahme der Statuten verknüpft, andernfalls hätte der Betreffende seine Zustimmung zu einer ihm nicht genehmen Verpflichung nicht gegeben oder keinen Anteil übernommen. Später eingetretene Mitglieder sind den andern nicht in allen Teilen gleichgestellt. So steht ihnen u. a. das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung und Vertretung nur dann zu, wenn sie ihnen durch besondern Gesellschafterbeschluss übertragen werden (O. R. 811 Abs. 3).

§ 1. DIE LEISTUNG DER STAMMEINLAGE.

Unser Gesetz bestimmt klar und eindeutig, dass jeder Gesellschafter nur *eine* Stammeinlage besitzen kann (O. R. 774), so dass auch eine spätere Uebertragung einer Stammeinlage von einem

[1]) Hachenburg Kommentar § 5 A S. 33/34, Feine S. 107.

Gesellschafter auf einen andern, nur die Erhöhung um den Nennwert zur Folge hat (O. R. 796). Die Stammeinlage eines jeden Mitgliedes stellt zugleich auch seinen Gesellschaftsanteil dar (O. R. 789). Aus der Mitgliedschaft ergeben sich zunächst drei grosse sachliche Gruppen von Pflichten und Rechten: Einlageverpflichtung, Mitverwaltungsrechte und Nutzungsrechte.

Die Leistung der gesetzlich vorgeschriebenen Minimalquote der Stammeinlage ist meistens erste Pflicht des Gesellschafters. Verbunden mit der Eintragung ins Anteilbuch wird durch diese Leistung zugleich auch die Mitgliedschaft begründet. Daraus ergibt sich, dass nur derjenige Mitglied einer GmbH. sein kann, der im Besitze einer Stammeinlage ist. Die Leistung der Stammeinlage in der statutarisch vorgeschriebenen Weise ist also Pflicht jedes Gesellschafters und kann deshalb nicht durch irgend welche andere Verpflichtung abgelöst werden. [2])

Bevor wir auf den Inhalt der Leistung zu sprechen kommen, wollen wir an dieser Stelle noch kurz die während der Gründungsperiode erscheinenden Rechtsverhältnisse prüfen, sie jedoch nur soweit behandeln, als sie für uns von Wichtigkeit sind. Eine der ersten Arbeiten der Gründer ist die Errichtung eines Gesellschaftsstatutes, das über alles Erforderliche Auskunft gibt (O. R. 776/8), eventuell auch über die Arbeiten, die vor und während der Gründung zu bewerkstelligen sind. Diese Periode findet ihren Abschluss mit der Entstehung der Gesellschaft, d. h. im schweizerischen Recht durch Eintragung ins Handelsregister (O. R. 783 Abs. 1).

Ueber die rechtliche Natur der Gesellschaft während des Gründungsstadiums bis zu ihrer Entstehung bestehen verschiedene zum Teil stark umstrittene Theorien, die sich auch auf die verschiedenen Einzahlungsarten der Stammeinlagen auswirken können. Schon vor der Eintragung im Handelsregister ist die GmbH. unter Umständen genötigt, im Rechtsleben aufzutreten. So müssen die Geschäftsführer ernannt werden, welche die Bar- und Sacheinlagen entgegen nehmen können, welche auch die GmbH. beim Handelsregister anmelden. Sehr wahrscheinlich müssen auch schon Büro- und Lagerräumlichkeiten gemietet, Einkäufe getätigt und Personal angestellt werden. Handelten die Organe im Namen der zu gründenden Gesellschaft, so gehen auch Verpflichtung und Befugnis aus diesen Geschäften nach Eintragung im Handelsregister auf die GmbH. über, sofern die Gesellschaft diese innert drei Monaten nach Entstehung übernimmt, sei es ausdrücklich oder stillschweigend durch konkludentes Verhalten. [3])

---

[2]) Cahn S. 90.
[3]) Guhl GmbH. S. 19; BGE. 26 II 676.

Aus O. R. 783 ergibt sich eindeutig, dass die GmbH. vor Eintragung ins Handelsregister als solche nicht besteht. Dass überhaupt kein Gesellschaftsgebilde besteht, kann nicht angenommen werden, denn unser Gesetz spricht in O. R. 783 Abs. 3 von der Uebernahme von Verpflichtungen im Namen der zu bildenden Gesellschaft. Da die GmbH. erst mit der Eintragung ins Handelsregister Rechtspersönlichkeit erwirbt, fehlt ihr vorher auch jede Rechtsfähigkeit: sie kann nicht vor Gericht klagen oder verklagt werden, kann nicht Eigentum oder andere dingliche Rechte erwerben und somit auch nicht im Grundbuch eingetragen werden. So stellt sich uns die Frage nach der Rechtsnatur dieser «Vorgesellschaft» und ihr Verhältnis zur rechtsfähigen GmbH.

Die deutsche Rechtswissenschaft kennt zwei Theorien:[4])

Nach der ersten liegen zwei ihrer Rechtsnatur nach verschiedene Personenverbände vor:[5]) «Die Vorgesellschaft wandelt sich nicht um in eine GmbH., sondern sie wird aufgelöst, und wenn sie nicht ihr gesamtes Vermögen auf diese überträgt, muss eine Auseinandersetzung stattfinden. Sie kann aber als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts fortdauern, wenn die Gesellschafter neben dem Statut untereinander zulässige Nebenabreden getroffen haben.»

Diese Theorie ist in Deutschland überlebt, da im deutschen Recht für eine Uebertragung der Rechte und Pflichten von der Vorgesellschaft auf die GmbH. schlechterdings jeder Anhaltspunkt fehlt. Herrschend ist in Deutschland heute die sogenannte Identitätstheorie. Hauptmerkmal dieser ist, dass sie in der Vorgesellschaft und der GmbH. selbst den gleichen Verband sieht, der durch die Eintragung nur die «formale Rechtsfähigkeit», die Rechtspersönlichkeit hinzuerwirbt.[6]) Nach dieser Richtung hat auch das Reichsgericht entschieden:[7]) «dieselbe Vergesellschaftung in verschiedenen Entwicklungsstadien, die nur in bezug auf die noch nicht vorhandene, durch die Eintragung bedingte Rechtsfähigkeit voneinander verschieden sind» und[8]) «die werdende Gesellschaft ist mit der eingetragenen identisch». Nach deutschem Recht gilt also, dass eine noch nicht eingetragene GmbH. besteht, die auch als Nasciturus im Gebiete der juristischen Person genannt werden kann.[9])

---

[4]) Zusammengestellt bei Feine S. 196 ff.

[5]) Hauptvertreter ist Brodmann § 11 A 1; ferner zum Teil Scholz § 1 A II 16.

[6]) Hachenburg § 11 Anm. 1, Staub § 260 Anm. 3, sowie die dort angeführte Literatur.

[7]) Band 82 S. 288 ff.

[8]) RGE. Bd. 87 S. 246 ff.

[9]) Hachenburg § 11 Anm. 1.

Im schweizerischen GmbH.-Recht können wir nicht behaupten, dass von einer Uebertragung der Verpflichtungen von der Vorgesellschaft auf die GmbH. jede Spur fehle. O. R. 783 Abs. 3 bestimmt ausdrücklich, dass für Verpflichtungen, welche im Namen der zu bildenden Gesellschaft eingegangen und innerhalb von drei Monaten von der GmbH. übernommen werden, sei es stillschweigend oder ausdrücklich, die Gesellschaft allein hafte. Das gleiche gilt für Berechtigungen, was im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt ist. Falls die eingetragene GmbH. die Verpflichtungen nicht übernimmt, so haften die Handelnden, im Zweifelsfalle alle, persönlich und solidarisch. Die persönliche und solidarische Haftung aller Handelnden tritt ebenfalls ein, wenn die GmbH. überhaupt nicht zur Entstehung kommt, sofern die Verpflichtungen nicht unter der Suspensivbedingung, dass die Entstehung der Gesellschaft Voraussetzung sei, eingegangen wurden. In diesem Fall muss die Vorgesellschaft aufgelöst werden, wenn nicht unter den Gesellschaftern irgend eine Nebenabrede besteht, die auf ein Fortdauern des Gesellschafts-Verhältnisses schliessen lässt. Die Voraussetzungen des GmbH.-Gesetzes treffen in beiden Fällen nicht mehr zu, eine GmbH. kommt nicht zur Entstehung, da sie aus irgend einem Grund nicht eingetragen wird. Somit muss angenommen werden, dass anstelle des GmbH.-Rechtes dasjenige der einfachen Gesellschaft zur Anwendung kommt und zwar dann, wenn eine GmbH. überhaupt nicht entsteht, gleichgültig ob die Vorgesellschaft aufgelöst oder unter den Betreffenden weitergeführt wird und wenn von einer eingetragenen GmbH. ein Teil der Verpflichtungen nicht übernommen wird. [10])

a) *Inhalt der Leistung.*

Die Einlagen auf das Stammkapital sind regelmässig in Geld zu leisten. Wurden Sacheinlagen vereinbart, so sind Person des Einlegers, Gegenstand und Anrechnungsbetrag in den Statuten genau anzugeben. Was für die Sacheinlagen gilt, hat analog auch Geltung für die Sachübernahme; das sind Vermögenswerte, die bei der Gründung von der Gesellschaft übernommen werden. Ist deshalb in den Statuten nichts über Sacheinlagen gesagt, so gilt subsidiär, dass alle Einlagen in Geld zu leisten sind. Diese Zweiteilung in Bar- und Sacheinlagen ist keine Erfindung unseres Gesetzgebers, sondern besteht auch in allen ausländischen Gesetzen. [11])

---

[10]) Vgl. für das A.-G. Recht Bachmann Art. 615 Anm. 3 und Art. 623 Anm. 5; BGE. 25 S. 81.

[11]) Deutsches GmbH. Gesetz § 5, loi du 7 mars 1925 art. 5/6.

Ihr fügen Hachenburg [12]) und Feine [13]) noch eine dritte Art bei, die gemischte Einlage.

Da unser Gesetz für Bar- und Sacheinlagen nicht die gleichen Normen aufstellt, werden wir diese auch getrennt behandeln.

1. *Die Bareinlage:* «Er (der Gesellschafter) muss bei der Gründung mindestens fünfzig vom Hundert seiner Einlage *einzahlen* oder durch Sacheinlagen decken» (O. R. 774 Abs. 2). Diese Norm ist zwingender Natur. Sehen die Gründer keine volle Deckung der Stammeinlagen bei der Gründung vor, so hat die Gesellschaft später je nach Bedürfnis den verbleibenden Betrag noch einzufordern. Bestimmen die Statuten nichts Näheres über die Einzahlungsquoten, so sind die Stammeinlagen im Verhältnis ihrer Nominalbeträge einzuzahlen (Grundsatz der gleichmässigen Behandlung O. R. 798 Abs. 1).

Was wir unter «einzahlen» des oben genannten Artikels verstehen müssen, ist Interpretationsfrage. Sie ist in der Literatur meistens nicht näher erörtert oder wird dann mit dem Satze «die Leistung hat in bar zu erfolgen» erledigt. [14]) Die Zeit, dass man unter Barzahlung nur die Zahlung in gesetzlichem Gelde oder sogar nur in Metallgeld versteht, ist vorüber. Heute haben wir eine Menge bargeldloser Zahlungsmittel, die dem Werte nach der Bargeldzahlung gleichkommen und im Verkehr als Geldzahlung betrachtet werden. [15]) Was nun als Einzahlung anzuerkennen ist, wird je nach den Umständen des Falles und unter Berücksichtigung der Verkehrsgewohnheiten beurteilt. Ferner führt die Bestimmung in O. R. 779 Zif. 2, dass der festgesetzte Betrag, mindestens aber fünfzig vom Hundert, *zur freien Verfügung* der Gesellschaft einbezahlt sein muss, zu einer eindeutigen Lösung. Einzahlungen auf das Postcheckkonto der zu gründenden Gesellschaft, Ueberweisung vom Postcheckkonto des Gesellschafters auf dasjenige der Gesellschaft, Ueberweisung auf ein Bankkonto der Gesellschaft usw. können ohne Zweifel als bargeldlose Zahlungsmittel in obigem Sinne betrachtet werden. Mehr beschäftigen wird uns diese Frage beim Check, Wechsel, Verrechnung, Leistungen an Zahlungsstatt und Zahlungshalber.

Aus O. R. 779 Ziff. 2 ergibt sich allgemein, dass alle diejenigen bargeldlosen Zahlungsmittel in Betracht fallen, die *jederzeit und*

---

[12]) Kommentar § 5 S. 33/34.

[13]) Feine S. 107.

[14]) Cahn S. 92, Haab in BJZ. Bd. 62 S. 155, Gegenbauer S. 55, Sten. Bulletin St. R. 1931 S. 628 und 635.

[15]) Hachenburg § 7 Anm. 19, Brodmann § 7 Anm. 4, Scholz § 71 Anm. II 1c, RGE. 41 S. 122 und 72 S. 267.

mit Sicherheit von der Gesellschaft in bares Geld umgewandelt werden können. Dies trifft nun beim gewöhnlichen Check und Wechsel nicht zu. Der Check ist jeweils nur ein Zahlungsversuch, denn solange er nicht honoriert ist, wissen wir nie, ob er eingelöst wird; denn es kann für den Check keine Deckung vorliegen, der Kontoinhaber könnte nach Herausgabe des Checks sein Guthaben bei der Bank abheben oder er könnte den Check widerrufen. So liegt eine Zahlung im rechtlichen Sinne nur vor, wenn der Betrag, auf den der Check lautet, der Gesellschaft ausbezahlt oder ihrem Bankkonto gutgeschrieben wurde. Aehnlich liegt der Fall beim Wechsel. Auch der Wechselbetrag steht nicht jederzeit und mit Sicherheit zur freien Verfügung der Gesellschaft, selbst beim akzeptierten Sichtwechsel nicht, und dabei soll diese Mindesteinzahlung nach Gesetz ein flüssiges, sofort benutzbares Mittel darstellen. Dies ist in groben Zügen der Stand der heutigen Rechtslehre in Deutschland. [16])

Für das Recht der Aktiengesellschaft besitzen wir schon eine Gerichtspraxis, der sich die Gerichte für die GmbH. anschliessen können, da für die Einzahlungspflicht der Aktionäre ähnliche Bestimmungen aufgestellt sind. Nach deren neuern Praxis [17]) kann die Bareinlage vor der Entstehung der Aktiengesellschaft nur durch einen Inhabercheck auf die Schweizerische Nationalbank einbezahlt werden. Die Frage der Zahlung durch andere Checks ist noch stark umstritten, jedoch tendieren Literatur und Gerichtspraxis allgemein zu einer Anerkennung des Checks als bargeldloses Zahlungsmittel.

Von grösster Wichtigkeit ist auch die Regelung der Verrechnung. Wir finden diese als Einzahlungsart auf die Stammeinlage in unserem Gesetz nicht ausdrücklich verboten. Daraus dürfen wir jedoch nicht schliessen, dass sie deshalb grundsätzlich gestattet ist, sondern müssen prüfen, ob sie überhaupt möglich ist. Zu diesem Zweck teilen wir die Frage in: die Verrechnung bei der gesetzlichen Mindestzahlung von 50 % auf die Stammeinlage und die Verrechnung bei der Restzahlung.

Was bezweckt unser Gesetzgeber mit der Vorschrift einer minimalen Einzahlung von 50 % vor der Gründung? Durch eine solche Vorschrift werden in erster Linie die kapitalschwachen Unternehmer von der Gesellschaftsform der GmbH. zum vorneherein abgehalten, denn die Gründer müssen bestätigen, dass die 50 % wirklich auch einbezahlt sind. Ferner wollte der Gesetzgeber den Grün-

---

[16]) Hachenburg § 7 Anm. 20, Brodmann § 7 Anm. 4 b, Scholz § 71 Anm. II, weitergehend jedoch RGE. 41 S. 122.

[17]) Wettstein S. 21 ff.

dern schon während der Gründungsperiode Barmittel zur Verfügung stellen, um die nötigen Anschaffungen zu machen, Personal einzustellen, eventuell mit der nötigen Propaganda beginnen zu können, Rohmaterialien einzukaufen usw. Daraus ersehen wir, dass jeder neu zu gründenden Gesellschaft solche Barmittel zur Verfügung stehen müssen, denn die Gläubiger stehen jeder Neugründung skeptisch gegenüber und werden Kreditverkäufe an solche ablehnen Daraus geht auch schon der wichtigste Grund der Einführung einer gesetzlichen Mindesteinzahlung vor der Gründung hervor, der Gläubigerschutz! Aus dem Handelsregister ist ersichtlich, welche Barmittel der GmbH. zur Verfügung stehen, und auf diesen Betrag zählt jeder Gläubiger. Würde eine Verrechnung zugelassen, so wären diese Barmittel in Frage gestellt. Der Sinn unseres Gesetzes kann also nur der sein, dass die Verrechnung bei der Mindesteinzahlung vor der Gründung aus diesen Gründen abzulehnen ist.[18]) Eine Verrechnung ist hier nur dann möglich, wenn diese in die Statuten aufgenommen wurde mit Nennung des verrechnenden Gesellschafters, Gegenstand der Verrechnung und Anrechnungspreis.

Die Gründe, welche bei den Zahlungen auf die Stammeinlage vor der Gründung zu einer Ablehnung der Verrechnung geführt haben, fallen bei den Restzahlungen weg, so dass hier eine Verrechnung grundsätzlich zulässig ist.[19]) Eine diesbezügliche Einrede des betreffenden Gesellschafters müsste daher geschützt werden. Ablehnen müssen wir hier eine Verrechnung nur dann, wenn sie entweder zu einer Umgehung der Vorschriften über die Sacheinlagen führt, oder vertraglich oder statutarisch ausdrücklich ausgeschlossen wurde.

Schoch[20]) leitet das Verbot einer einseitigen Verrechnung durch den Gesellschafter aus O. R. 120 ff., speziell aus O. R. 125 Abs. 2, ab: « ... Verpflichtungen, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangt». Unser Gesetz führt dazu Unterhaltsansprüche und Lohnguthaben auf, die jedoch nur als Beispiele aufzufassen sind. Weitere Beispiele[21]) sind die Leistungen des Haftpflichtigen aus Körperverletzung und Tötung und Leistun-

---

[18]) Vgl. auch Syz S. 47, der die Verrechnung jedoch ablehnt, weil eine der Voraussetzungen der gesetzlichen Verrechnung, nämlich die Fälligkeit der auf den Einzahlungsanspruch der Gesellschaft anzurechnenden Gegenforderung, nicht gegeben ist.

Ferner Schoch S. 37 ff.

[19]) Vgl. für das A.-G. Recht BGE. 26 II 437 und Bachmann Komm. O. R. 618 Anm. 3.

[20]) Schoch S. 37 ff., von Thur O. R. II S. 593.

[21]) Oser Komm. O. R. 125 Abs. 2; Fick O. R. 125 Anm. 6.

gen aus Krankenkassen und Unfallversicherungsanstalten. Das Bundesgericht [22]) kleidet diese allgemein in folgenden Satz: «Es sind weitere Verpflichtungen, die tatsächlich erfüllt werden müssen, weil die daraus erwachsene Forderung aus sozialpolitischen Gründen dem ökonomisch schwacheren Gläubiger wegen seiner Bedürftigkeit stets unvermindert in bar zukommen sollen». Aus dieser allgemeinen Umschreibung geht jedoch das Gegenteil hervor, d. h. wir können ein Verbot der Verrechnung bei Leistungen auf die Stammeinlage nicht aus dem oben angeführten Artikel ableiten.

Aehnlich wie für die Restzahlungen liegen die Verhältnisse bei bestehenden Gesellschaften, die ihr Stammkapital erhöhen. Auch hier ist eine Verrechnung der Gesellschafter möglich und zwar schon für die gesetzlich vorgeschriebene Minimalquote, da die oben angeführten Gründe hier nicht mehr zutreffen.

Nicht mehr von Verrechnung im eigentlichen Sinn des Wortes können wir dann sprechen, wenn in den Statuten bestimmt wird, dass der betreffende Gesellschafter seine Bareinlage durch unentgeltliche Uebereignung von Vermögensstücken begleichen könne. Bei dieser «Verrechnungsart» handelt es sich eigentlich um nichts anderes als um eine Sacheinlage [23]), mit dem Unterschiede, dass nicht die einzelnen Vermögensstücke die Einlage darstellen, sondern das Entgelt für diese. Aus diesem Grunde müssen wir ohne weiteres annehmen, dass hier die besonderen Schutzbestimmungen, welche für die Sacheinlagen gelten, zur Anwendung kommen. Ohne diese Annahme stünde hier dem Gründerschwindel die Tür offen und die Schutzbestimmungen würden illusorisch. [24])

Mehr Schwierigkeiten bereitet uns die Frage, ob die Bareinlageschuld durch Leistung an Zahlungsstatt beglichen werden könne. [25]) Wie bei der Verrechnung finden wir auch hier keine besonderen Vorschriften im Gesetz. Wir gehen am besten von dem oben aufgestellten Grundsatze aus, dass alle diejenigen Vermögensstücke als zulässig zu betrachten sind, die jederzeit und mit Sicherheit von der Gesellschaft in bares Geld umgewandelt werden können. Ferner ist hier noch beizufügen, dass durch die Leistung an Zahlungsstatt die Vorschriften über die qualifizierte Gründung nicht umgangen werden dürfen und die Statuten nicht eine ausdrückliche Be

---

[22]) BGE. 35 II 691.

[23]) Brodmann § 7 Anm. 4 c und § 5 Anm. 6 a, Feine S. 104.

[24]) Näheres bei Syz S. 56.

[25]) Von der in den Statuten aufgeführten Hingabe an Zahlungsstatt ist hier nicht die Rede, denn diese ist ohne weiteres gültig (vgl. BGE. 59 II 444), wenn die hingegebenen Vermögensstücke genau aufgeführt werden.

zahlung in gesetzlichem Gelde verlangen.[26]) Welche Vermögensstücke mit Sicherheit und jederzeit verwertbar sind, kann nicht allgemein gesagt werden. Es kommen daher hauptsächlich an der Börse gehandelte Wertpapiere und eventuell Forderungen in Frage. Erreichen die hingegebenen Vermögensstücke nicht den Wert des zu bezahlenden Betrages, so gilt die Stammeinlage für diesen noch als ausstehend.[27]) Die allgemeinen Regeln, dass durch die Hingabe an Zahlungsstatt eine Forderung endgültig beglichen ist, finden somit nicht Anwendung. Nur auf dem Wege der sogenannten Interessenabwägung kommt man zu dieser Behauptung, indem man sich fragt, wem gegenüber sich der Gesellschafter zur Bezahlung der Stammeinlage verpflichtet hat. Bei der Uebernahme denken sicher die meisten, dass sie sich den Gründern bzw. der Gesellschaft gegenüber verpflichten, was formell gesehen auch richtig ist.

Inhaltlich, materiell besteht aber die Verpflichtung auf Bezahlung der Bareinlage gegenüber den zukünftigen Gesellschaftsgläubigern und den Mitgesellschaftern. Das Interesse der Gesellschaft an der Zahlung geht im Interesse der Gesellschaftsgläubiger auf. Die Mitglieder haben mit der Uebernahme einer Stammeinlage die Verpflichtung übernommen, diese in vollem Umfang zu leisten, so dass sie sich nach Massgabe ihrer Erklärung behaften lassen müssen. Aus dem Interesse der Gläubiger an der ganzen Erfüllung der Stammeinlage und der Behaftung des Gesellschafters bei seiner Erklärung folgt, dass eine Hingabe an Zahlungsstatt nur in der Höhe des wirklichen Wertes gutgeschrieben wird. Erreicht dieser den Anrechnungspreis nicht, so gilt die Stammeinlage für diesen Betrag noch als ausstehend, weil eben nicht geleistet. Die Uebernahme einer Stammeinlage ist somit verbunden mit der Verpflichtung auf Erbringung der effektiven Leistung.

Was für die Hingabe an Zahlungsstatt gesagt wurde, gilt entsprechend auch für Leistungen erfüllungshalber. Ausgeschlossen sind jedoch die Leistungen erfüllungshalber als Zahlungen der gesetzlichen Minimalquote. Eine GmbH. könnte dadurch gar nicht eingetragen werden, denn die 50 % sind vor der Gründung zu bezahlen. Aus diesem Grund müssen wir für diesen Fall eine Hingabe erfüllungshalber ablehnen.

Zahlungen in fremder Währung sind stets unstatthaft, da die Verpflichtung auf Erbringung der effektiven Leistung geht.

---

[26]) Guhl GmbH. S. 30, Hachenburg in Z. S. R. S. 56.

[27]) Guhl GmbH. S. 30 und in «Die schweiz. A.-G.», S. 165 ff.

Eine merkwürdige Stellung nimmt das deutsche Reichsgericht [28]) zur Frage der Mindesteinzahlung ein, indem es behauptet, dass jeder Gesellschafter nur das gesetzlich vorgeschriebene Geldminimum mit befreiender Wirkung leisten könne. Was er mehr einzahlt, soll er auf eigene Gefahr hin tun, so dass er, wenn der mehr einbezahlte Betrag im Zeitpunkte der Eintragung der GmbH. nicht mehr vorhanden ist, zu nochmaliger Zahlung des über ein Viertel geleisteten Betrages verpflichtet wäre. Mit dieser Auffassung gehen aber nicht alle einig. [29]) Unser Gesetz, wie auch das deutsche [30]), statuieren nur eine Minimalquote, die nicht zugleich auch Maximalquote ist. Dies geht schon aus dem Worte «mindestens» («Er muss mindestens 50 vom Hundert einzahlen» ...) hervor. Auch Syz behauptet in seiner Arbeit [31]), dass derjenige Gesellschafter, der freiwillig mehr leistet als er im Gründungs-Stadium der Gesellschaft schuldet, ihr gegenüber von seiner Einzahlungsverpflichtung nur in der Höhe des tatsächlich in diesem Zeitpunkte geschuldeten Betrages befreit wird. Diese Behauptung ist entschieden zu verwerfen, da unser Gesetz schlechterdings keine solche Norm kennt. Es ist klar, dass sich ein Gesellschafter durch Bezahlung seiner ganzen Einlage nicht von der Solidarhaftung zur Aufbringung des ganzen Stammkapitals befreien kann. Die Anmeldung beim Handelsregister muss gemäss O. R. 780 Ziff. 2 den Betrag der Stammeinlagen der einzelnen Gesellschafter und «der darauf gemachten Leistungen enthalten. Auch das Anteilbuch enthält jede erfolgte Leistung auf die Stammeinlage (O. R. 790 Abs. 1). Hieraus ist ohne Zweifel auf das Gegenteil zu schliessen, d. h. jede über die Mindestgrenze hinaus erfolgte Leistung hat befreiende Wirkung.

Diese Fälle der Mehrzahlung werden sicher äusserst selten sein. Im übrigen wird die Gesellschaft bzw. ihr Geschäftsführer eine solche Mehrleistung nur aus wichtigen Gründen entgegennehmen, um vom Grundsatze der Gleichbehandlung nicht abzuweichen.

2. *Die Sacheinlage:* Die Einlagen sind grundsätzlich in Geld zu leisten. Wurden andere Einlagen vereinbart, so unterliegen diese eingehenden gesetzlichen Bestimmungen; in Ermangelung dieser scharfen Umschreibung entstunden in Deutschland eine grosse Zahl schwindelhafter Unternehmungen. [32]) Sacheinlagen können bestehen

[28]) RGE. 83 S. 370. Das Reichsgericht hat später seine Praxis in dem Sinn revidiert, dass es von seiner Forderung absah für den Fall, dass in den Statuten ein höherer Betrag gefordert wird.

[29]) Hachenburg § 7 Anm. 22 a, Scholz S. 134 ff., Feine S. 138.

[30]) O. R. 774 Abs. 2 und deutsches GmbH. Gesetz § 5.

[31]) S. 45.

[32]) Fränkel S. 239 ff.; Botschaft S. 72.

in Patenten, Erfindungen, Lizenzen, Immobilien, Effekten, beschränkt dinglichen Rechten, kurz alles, was sich als Aktivum in die Bilanz eintragen lässt;[33]) so bildet anerkanntermassen die Arbeitskraft oder die Tätigkeit eines Gesellschafters kein bilanzfähiges Aktivum.[34]) Dies geht aus O. R. 781 Zif. 6 hervor, der zwingend vorschreibt, dass sich die Art der Leistung in einem geldwerten Beitrag ausdrücken lassen muss. Dies wird jedoch insbesondere bei Erfindungen, Patenten etc. nicht immer sehr leicht sein.

Apportsgründungen werden auch qualifizierte Gründungen genannt. Diese Benennungen deuten nur auf die Art, wie das übernommene Stammkapital von den Gesellschaftern geleistet wird hin und bilden nicht etwa den Gegensatz zu Simultan- und Sukzessivgründung, welche den Weg der Kapitalbeschaffung kennzeichnen.

Genau wie im Aktienrecht (O. R. 628) unterscheidet unser GmbH.-Gesetz in O. R. 778 Abs. 2 zwischen Sacheinlage und Sachübernahme. Bei der erstern handelt es sich um einen mitgliedschaftlichen Beitrag, der statt in Geld, in andern von der Gesellschaft brauchbaren Vermögenswerten besteht; bei der Sachübernahme liegt ein blosser Kauf oder ein anderer Uebereignungsvertrag zwischen den Gründern und einem Dritten (der auch Mitglied sein kann) vor. Es ist ein suspensiv bedingter Vertrag, der von der Entstehung der Gesellschaft abhängt.[35])

O. R. 778 Abs. 1 schreibt ferner vor, dass neben dem Anrechnungswert, der dem Mitglied gutgeschrieben wird oder der dafür bezahlten Vergütung, auch der Gegenstand der Einlage bzw. der Uebernahme und die Person des Apportanten in den Statuten aufgeführt werden müssen. Diese Bestimmungen müssen veröffentlicht werden (O. R. 781). Daraus folgt weiter, dass der Gesellschafter die Art seiner Leistung nicht nach Belieben ändern kann, also statt einer Bar- eine Sacheinlage leistet oder umgekehrt, selbst dann nicht, wenn die andern Gesellschafter mit ihm einverstanden wären. Kommen gleichwohl solche Abreden unter den Gründern vor, so entbehren sie jeder rechtlichen Verbindlichkeit.[36]) Wird eine solche Vereinbarung weder von der Urkundsperson noch vom Handelsregisterführer bemerkt und leistet der Gesellschafter anstelle seiner Bar- eine Sacheinlage, so hat seine Leistung nicht befreiende Wirkung; er hat seine ganze Einlage gleichwohl in Geld zu erbringen. Die Gläubiger haben mit den angegebenen Bareinlagen gerechnet

[33]) Brodmann § 5 Anm. 4, Hachenburg § 5 Anm. 14 ff., Fränkel Seiten 55/56.

[34]) Lehmann Lehrbuch § 73, 5.

[35]) Schneider & Fick O. R. 619 Anm. 4, Fischer S. 123 ff.

[36]) Guhl GmbH. S. 14.

und auf diese abstellend, mit der Gesellschaft Geschäfte getätigt. Sie brauchen sich deshalb ein solches Verhalten nicht gefallen zu lassen. So kam es in Deutschland dazu, dass man ohne persönliche Bürgschaft der Mitglieder einer GmbH. keinen Kredit gewährte;[37]) dies resultiert einzig von der zu wenig eingehenden Umschreibung der Bewertung und Haftung der Sacheinlagen im deutschen GmbH.-Gesetz.

Solche Vereinbarungen bezwecken jedoch nicht immer eine Hintergehung der Gesellschaftsgläubiger, sondern können für die Gesellschaft von grossem Vorteil sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Apports vollwertig sind und die Umgehung der Gesetzesvorschriften nur wegen der Konkurrenz gemacht werden, d. h. damit diese keinen Einblick in die Sacheinlagen der gegründeten Gesellschaft erhält und so ihr Fundament genau kennt.[38]) Für diese sogenannten Nachgründungen, die bei der GmbH. seltener sein werden als bei der Aktiengesellschaft, wird vorteilhaft die Gerichtspraxis der Nachgründungen bei Aktiengesellschaften angewandt.[39]) Während sich diese früher zur sogenannten Heilungstheorie, d. h. die nachträglich korrigierten Gründungsmängel werden durch die Registereintragung geheilt[40]), bekannte, hat das Bundesgericht in vernünftiger Weise schon vor in Kraft treten des neuen Obligationenrechts seine Rechtsprechung geändert.[41])

Wann ist der Forderung des O. R. 779 Abs. 4 Genüge geleistet, der verlangt, dass die Gesellschaft mit Eintragung ins Handelsregister sofort als Eigentümerin unmittelbar über die Sacheinlage verfügen kann oder einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung ins Grundbuch erhält? Dieser Absatz darf allgemein nicht zu eng interpretiert werden; grundsätzlich wird ihm Genüge geleistet sein, wenn der Sacheinleger seinerseits alles Erforderliche getan hat, damit die Geschäftsführer die eingelegten Sachen tatsächlich auch nutzbar machen, darüber nach Belieben verfügen können. Dazu brauchen sie nicht in jedem Fall im Besitz der Sache selbst zu sein. So wird man im allgemeinen bei Fahrnis die Eigentumsübertragung, bei Forderungen und sonstigen Rechten die Abtretung, bei Grundstücken und dinglichen Rechten ein Vorvertrag ohne Eintragung ins Grundbuch verlangen können.

---

[37]) Feine S. 102 ff.

[38]) Fick «Die verschleierte und schieberhafte Gründung einer A.-G., Seite 5.

[39]) Guhl GmbH. S. 15.

[40]) BGE. 15 S. 629 ff., 33 II 161 ff., 58 II 156 und Guhl in ZBJV. 1933 Seite 476.

[41]) BGE. 59 II 434.

Wie wir schon oben erwähnt haben, bildet die Bestimmung des Anrechnungspreises für Sacheinlagen und -übernahmen eine der Hauptschwierigkeiten. Durch eine Ueberbewertung werden nicht etwa nur die Gesellschaftsgläubiger geschädigt, sondern auch die Mitgesellschafter und die Gesellschaft selbst. Die Rendite der Gesellschaft wird dadurch reduziert, eventuell sogar gefährdet, indem ihr ein Kapital zu Grunde gelegt wurde, mit dem auch jeder Dritte rechnete, das sie aber tatsächlich nie erhalten hat. Dies macht sich dann bei einem Austritt oder einer Ausschliessung des Sacheinlegers ganz besonders bemerkbar, wo dem Austretenden oder Ausgeschlossenen der in den Statuten eingetragene, übersetzte Anrechnungspreis ausbezahlt werden muss. Aber auch die Bareinleger wurden getäuscht, indem sie verhältnismässig zu viel einbezahlt haben. So kommt es, dass die Gesellschaft von Anfang an den «Keim der Krankheit» [42]) in sich trägt; nur durch Verhindern einer Ueberbewertung der Sacheinlagen oder -übernahmen wird die Kreditgrundlage der Gesellschaft nicht illusorisch gemacht. Hier stossen wir auf eines der schwierigsten Probleme der GmbH. [43])

Trotz der grossen Gefahr der Ueberbewertung hat unser Gesetz davon abgesehen, zwingende Normen der Berechnung aufzustellen, sondern das Problem in der Weise gelöst, dass es Sacheinlagen und -übernahmen unter die unmittelbare und solidarische Haftung aller Gesellschafter bis zur Höhe des gesamten Stammkapitals stellt. Jeder Gesellschafter haftet dafür, dass Einlagen und Uebernahmen im Zeitpunkt ihres Einbringens den in den Statuten eingetragenen Anrechnungspreis besessen haben. [44]) Die Schätzung des Anrechnungspreises bietet nun gewisse Schwierigkeiten, ganz besonders bei Patenten, Lizenzen usw. Die Wirtschaftlichkeit solcher Einlagen wird in den meisten Fällen noch gar nicht erwiesen sein, so dass eine Schätzung fast unmöglich ist. Es besteht natürlich die Möglichkeit, eine Schätzung durch Sachverständige vornehmen zu lassen, um sich so die nötige Beweisgrundlage zu schaffen. [45]) Der Sachverständige muss zu diesem Zwecke eine Gesellschaft ganz genau kennen, wenn er für sie ein gültiges Gutachten ausarbeiten soll, da z. B. ein und dasselbe Patent nicht für jede Gesellschaft den gleichen Wert darstellt. Eine solche Einmischung von dritter Seite kann für die Gesellschaft aber nicht immer angenehm sein. [46]) Kleinen

[42]) Gotthardt S. 69.

[43]) Hachenburg in ZHR. 1926 S. 20.

[44]) O. R. 802 Abs. 2.

[45]) In Frankreich ist der Vorschlag, eine Schätzung der Sacheinlagen durch neutrale Instanzen obligatorisch zu erklären, mit Recht abgewiesen worden. Vgl. ferner Guhl GmbH. S. 15.

[46]) Schoch S. 54, Wieland in ZSR. Bd. 42. S. 10, 38 ff.

Unternehmungen kann der Kosten wegen ein Gutachten überhaupt nicht zugemutet werden. Von einer Ueberbewertung kann deshalb unseres Erachtens nur dann gesprochen werden, wenn der Anrechnungspreis in einem offensichtlichen und unbilligen Verhältnis zum Werte liegt, den die Einlage bei der Gründung für die Gesellschaft darstellen musste.

Ist es Pflicht des belangten Gesellschafters darzutun, dass das Stammkapital voll gedeckt und nicht durch überbewertete Sacheinlagen geschmälert ist oder hat der Gläubiger der Gesellschaft den Nachweis einer Ueberbewertung zu erbringen?[47]) Unser Gesetz bringt für dieses Problem keine klare Lösung. Aus O. R. 802 müssen wir jedoch schliessen, dass die Beweislast denjenigen Gesellschafter trifft, der belangt wird. Er ist demnach für alle haftungsbefreienden Tatsachen beweispflichtig.[48]) Der belangte Gesellschafter kann zufällig Sacheinleger gewesen sein, die Beweislast kann ebenso gut auch jeden andern treffen. Für Sachübernahmen ist der Dritte nur dann beweispflichtig, wenn er gleichzeitig auch Gesellschafter ist. Diese Beweislast wird keinem im Moment der Gründung oder kurz nachher schwerfallen; denn durch Unterzeichnung der Anmeldung ins Handelsregister wird sich jeder überlegen müssen, ob die Anrechnungspreise den Sacheinlagen wirklich auch entsprechen. Viel schwerer wird aber denjenigen die Beweislast treffen, der später Gesellschafter wird, nachdem die Gesellschaft schon jahrelang bestanden hat. Es ist ja sogar denkbar, dass der betreffende Gesellschafter zur Zeit der Gründung überhaupt noch nicht gelebt hat! Die Beweiserbringung wird heutzutage, wo Technik und Arbeitsmethoden so rasch wechseln können, nur noch innerhalb einer beschränkten Zeitspanne möglich sein. Nach diesen Ausführungen scheint ein Gutachten von neutraler Seite fast unumgänglich. Ein Beweis der richtigen Bewertung wird vielleicht nur noch darin zu erblicken sein, dass ein Unternehmen mit offensichtlich überbewerteten Einlagen nicht so viele Jahre hätte existieren können. Dieses Unternehmen wird einer Wirtschaftskrise, Absatz- oder Exportschwierigkeiten usw., was mit Leichtigkeit nachzuweisen ist, zum Opfer gefallen sein. Es wäre in solchen Fällen, d. h. nachdem ein Unternehmen eine bestimmte Anzahl Jahre bestanden hat, zutreffender, den Beweis einer Ueberbewertung vom Gesellschafter auf die Gläubiger abzuwälzen.[49])

---

[47]) Vgl. dazu § 3 a.

[48]) Botschaft S. 72, Protokoll S. 475 und 525, Schweizer in SJZ. Bd. 19 S. 275.

[49]) Hachenburg in ZHR. 1926 S. 20.

Dass diese Beweislast-Verteilung ein einschneidendes Eingreifen gegen den Gründerschwindel bedeutet, ist eindeutig. Die Folgen dieser Ordnung werden sich erst in ein paar Jahren zeigen. Unser Gesetz ging dabei von der Ueberlegung aus, «dass der Gesellschafter den Beweis für die haftbefreiende Tatsache einer effektiven, nicht nur papiermässigen Einzahlung des statutarisch festgesetzten und veröffentlichten Gesellschaftskapitals zu leisten habe. Es wird damit nichts Unmögliches und nichts Unbilliges verlangt, selbst wenn die Frage des wirklichen oder Schein-Wertes erst nach einer Reihe von Jahren gegenständlich werden sollte. Die Gesellschafter haben es ja in der Hand, den wirklichen Wert der Sacheinlage im Zeitpunkte des Einbringens durch eine neutrale Schätzung festzustellen und sich dadurch eine ausreichende Beweisgrundlage zu schaffen». [50])

3. *Gemischte Einlagen:* Für gemischte Einlagen kennt unser Gesetz keine besonderen Vorschriften, obschon diese sicher häufig sein werden. Dies ist auch nicht erforderlich, denn wir haben nur das unter a 1 und 2 Gesagte hier anzuwenden.

Unter gemischten Einlagen verstehen wir solche, die teils in einer Geld-, teils in einer Sacheinlage bestehen. Wir wollen hier einzig an Hand eines Beispieles die Art der Berechnung der Mindestleistung erläutern, weil sie in der Literatur nicht überall gleich gelöst wurde.

Nehmen wir an, dass ein Gesellschafter nach Statuten eine Stammeinlage von Fr. 8000.— zu leisten habe, wovon Fr. 2000.— in einer Sacheinlage, den Rest, das sind Fr. 6000.—, in bar. Nach Neukamp-Becker [51]) stellt sich nun die Berechnung der Mindestleistung wie folgt:

Die Hälfte der Stammeinlage beträgt Fr. 4000.—, und hievon ist die Sachleistung im Betrage von Fr. 2000.— abzuziehen, es bleiben somit Fr. 2000.—. Der Gesellschafter hat also Fr. 2000.— in bar und die Sacheinlage im Betrage von Fr. 2000.— zu erbringen.

Es ist nicht anzunehmen, dass diese Berechnung einer genauen Interpretation des O. R. 774 Abs. 2 entspricht. Würde nämlich im angeführten Beispiel die Sacheinlage Fr. 4000.— oder mehr betragen, so müsste der Gesellschafter keine Minimal-Geldeinlage mehr leisten. Dies widerspricht dem Sinn unseres Gesetzes, das der Gesellschaft durch diesen Artikel ein gewisses flüssiges Kapital von Anfang an zur Verfügung stellen will.

---

[50]) Botschaft S. 72 und Protokoll S. 520.
[51]) § 7 Anm. 4.

Die Berechnung erfolgt demnach folgendermassen: Die Hälfte der Geldeinlage beträgt Fr. 3000.— (½ von Fr. 6000.—), dazu ist noch die ganze Sacheinlage im Werte von Fr. 2000.— zu leisten.[52]) Dadurch wird auch dem oben angeführten Artikel Genüge geleistet.

b) *Verzug und seine Folgen.*

Die allgemeine Regelung des Verzuges finden wir in O. R. 102 ff. Ganz allgemein kommt ein Schuldner in Verzug, wenn er seiner Leistungspflicht trotz Mahnung nicht nachkommt; der Verzug kommt also einer Pflichtverletzung des Schuldners gleich. Die freie Verfügung über diese Leistung wird dadurch dem Gläubiger genommen, es erwächst ihm daraus ein Nachteil; deshalb hat der säumige Schuldner nach O. R. 104 ff. Verzugszinsen zu bezahlen.[53]) Wenn im Gesetz nichts Spezielles geordnet ist, kommt diese Generalnorm zur Anwendung. O. R. 799 stellt jedoch eine Spezialnorm dar, welche bestimmt, dass der leistungspflichtige Gesellschafter Verzugszinsen zu bezahlen hat, wenn er den geforderten Betrag nicht innert der angesetzten Frist bezahlt. Es ist anzunehmen, «dass er diese von Rechts wegen zu bezahlen hat»,[54]) also gleich wie im deutschen Recht, wo dies ausdrücklich erklärt wird. Daraus folgt, dass er selbst dann zur Bezahlung von Verzugszinsen verpflichtet ist, wenn z. B. keine Mahnung erfolgt ist.

O.R. 799 verlangt weiter, dass der zu leistende Betrag gefordert ist, .d h. die Erklärung der Gesellschaft, dass auf einen bestimmten Termin die Zahlung vorgenommen werden soll. Das Gesetz bestimmt jedoch nicht, auf welche Weise diese Einforderung vorgenommen werden soll, so dass die allgemein übliche durch öffentliche Bekanntmachung, eingeschriebenen Brief etc. in Frage kommt. Die Einforderung stellt eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar.[55]) Ferner ist auch möglich, dass schon die Statuten die genauen Zahlungstermine enthalten. In diesem Fall ist die Einforderung schon in den Statuten enthalten, so dass eine weitere Einforderung wegfallen kann.

Die Gesellschafter können nach O. R. 799 Abs. 1 neben den Verzugszinsen auch zur Bezahlung einer Konventionalstrafe verpflichtet werden, jedoch nur, wenn eine solche ausdrücklich in den Statuten vorgesehen wurde. Die Bezahlung einer Konventionalstrafe (O. R. 160 ff.) schliesst aber die Bezahlung von Verzugszinsen nicht aus.[56])

---

[52]) Hachenburg Komm. § 7 Anm. 17, Brodmann § 7 Anm. 4.
[53]) von Thur O. R. II § 72 und 73.
[54]) Haab in ZHR. Bd. 90 S. 316.
[55]) von Thur O. R. I § 22 S. 144 ff., Hachenburg § 20 Anm. 1 f.
[56]) Corradini S. 49.

Die beiden Sanktionen, Verzugszinse und Konventionalstrafe, genügen noch nicht, die Interessen der Gläubiger voll und ganz zu schützen. O. R. 799 Abs. 2 sieht als weitere Massnahme den Ausschluss vor, die sogenannte Kaduzierung. Der säumige Schuldner wird von der Gesellschaft durch eingeschriebenen Brief aufgefordert, die Zahlung vorzunehmen. Bezahlt er dennoch nicht, so kann sie die Aufforderung wiederholen mit der Ansetzung einer neuen Frist von mindestens einem Monat, verbunden mit der Androhung eines Ausschlusses im Falle der Nichtbezahlung. Die Möglichkeit einer Kaduzierung bestund schon im alten Aktienrecht (altes O. R. 634 Abs. 2 [57]), jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sie in die Statuten aufgenommen wurde. Die gleiche Lösung wählte auch der Vorentwurf II. Auf Grund eines in der Experten-Kommission [58]) gestellten und gutgeheissenen Antrages wurde aber Streichung der Worte «in den Statuten» vorgenommen, so dass im heutigen Gesetz eine Kaduzierung von Rechts wegen vorgenommen werden kann. Trotzdem ist es nur ein Recht der Gesellschaft und keine Pflicht [59]); im Unterlassungsfalle können jedoch die Gläubiger und die nicht geschäftsführenden Gesellschafter die Geschäftsführer zur Verantwortung ziehen. Wird ein Ausschluss ausgesprochen, so geschieht es auf Beschluss der verantwortlichen Geschäftsführer. Durch den Ausschluss wird bewirkt, dass «der Gesellschafter aufhört, Gesellschafter zu sein» [60]), mit andern Worten, der Gesellschafter geht seiner mitgliedschaftlichen Rechte, vor allem der gemachten Leistungen auf seine Stammeinlage, verlustig, ohne sich aber von einer Haftung für den nicht bezahlten Betrag und der solidarischen Haftung zur Aufbringung des ganzen Stammkapitals befreien zu können (O. R. 799 Abs. 2). Die Haftung besteht nur der Gesellschaft und nicht direkt den Gläubigern gegenüber. [61]) Durch die Verwirkung der durch die Uebernahme einer Stammeinlage erworbenen Mitgliedschaft gehen auch alle Rechte Dritter am Anteil unter. So muss u. a. derjenige, welcher ein Pfandrecht an einem nicht voll-einbezahlten Gesellschaftsanteil erwirbt, mit dem Verlust der Sicherheit rechnen.

Mit dem Ausschluss ist aber der Gesellschaft nicht gedient; denn er hat nicht etwa zur Folge, dass sich nun das Stammkapital um den Gesellschaftsanteil des Ausgeschlossenen vermindert. Damit würden die Interessen der Gesellschaftsgläubiger aufs schwerste verletzt, das Stammkapital als «Haftungsstock» würde ihnen

[57]) Schneider & Fick O. R. 634 Anm. 2.
[58]) Protokoll S. 515 ff.
[59]) Guhl GmbH. S. 31, Corradini S. 49.
[60]) Brodmann § 20 Anm. 5, Hachenburg § 20 Anm. 24 ff.
[61]) Braun S. 45.

zum Teil entzogen. Ferner darf die GmbH. in keinem Fall einen kaduzierten Anteil erwerben und ihn als Aktivum in die Bilanz aufnehmen. Dadurch würde die zwingende Norm von O. R. 807 Abs. 1 verletzt, wonach sie nicht voll einbezahlte Anteile weder erwerben, noch zu Pfand nehmen darf. Deshalb stellt das Gesetz der Gesellschaft zwei Rechtsmittel zur Verfügung: in erster Linie die Verwertung des kaduzierten Gesellschaftsanteiles nach O. R. 800 Abs. 1 und zweitens den Rückgriff auf die Vorgänger des Ausgeschlossenen nach O. R. 801 Abs. 1.

Die Verwertung des kaduzierten Anteils steht jeder GmbH. von Gesetzes wegen zu, braucht also nicht ausdrücklich in die Statuten aufgenommen zu werden. Ein Gesellschafter kann nun den kaduzierten Anteil übernehmen, was für die Gesellschaft in den meisten Fällen die einfachste Lösung darstellen wird. Eine Uebernahme ist jedoch an die Bedingung geknüpft, dass sie zum wirklichen Wert vorgenommen wird (O. R. 800 Abs. 1). Dadurch erhöht sich die Stammeinlage des Uebernehmenden um den entsprechenden Nennwert (O. R. 796 Abs. 2); seine ursprüngliche und die hinzuerworbene Stammeinlage bestimmen dann zusammen seinen neuen Gesellschaftsanteil. Geben sämtliche Gesellschafter, der Ausgeschlossene inbegriffen, ihre Zustimmung, so ist auch eine Verwertung durch freihändigen Verkauf an einen Dritten möglich.

Kommt weder eine Uebernahme noch ein freihändiger Verkauf an einen Dritten zustande, so erfolgt die Verwertung durch öffentliche Versteigerung. Ergibt diese einen Ueberschuss über den fehlenden Betrag hinaus, so fällt er dem Ausgeschlossenen zu (O. R. 800 Abs. 1 und 2). Für den Ausfall, der häufiger die Folge einer solchen Verwertung sein wird, haftet primär der Ausgeschlossene, subsidiär alle seine Rechtsvorgänger, «die in den letzten 5 Jahren vor der Eintragung des Ausgeschlossenen, jedoch nicht weiter zurück als zehn Jahre vor dem Ausschluss, im Anteilbuch eingetragen waren» (O. R. 801). Zeitpunkt der Berechnung dieser Fristen wird der Tag der Ausschliessung sein und nicht etwa der Tag, an dem jeweils die einzelnen Vorgänger belangt werden.

Diese einschneidenden Haftungsbestimmungen wurden vor allem im Interesse der Gläubiger aufgestellt, obschon die Haftung der Gesellschaft gegenüber besteht (O. R. 801). Dadurch wird aber auch erreicht, dass Stammeinlagen höchstens an zahlungsfähige Personen weitergegeben werden und praktisch die Wirkung haben, dass ein Verkauf nicht voll einbezahlter Anteile unterbleiben wird.

Bevor aber die Vormänner belangt werden können, muss eine Verwertung wirklich auch stattgefunden haben, mit oder ohne Er-

folg spielt keine Rolle (O. R. 801 Abs. 1). Der Rückgriff auf die Vormänner besteht in einem Reihenregress, d. h. die Belangbarkeit eines Rechtsvorgängers für den Ausfall tritt erst ein, wenn dessen unmittelbarer Nachmann zur Deckung des Verlustes aufgefordert worden war.[62]) Der Vormann kann im weitern erst belangt werden, wenn seit der Aufforderung mindestens ein Monat verstrichen ist. Aus diesen Bestimmungen folgt, dass sich erstens die Gesellschaft nicht den zahlungsfähigsten unter den Vorgängern aussuchen darf und zweitens, dass keine Betreibung mit fruchtloser Pfändung (wie im deutschen Recht) des jeweiligen Belangten als Voraussetzung zur Aufforderung seines Vormannes nötig ist. Irgend ein Vorgänger muss somit den bei der Versteigerung ausgefallenen Betrag übernehmen, ohne einen Vorteil daraus zu ziehen; denn durch Bezahlung des Ausfalles wird er nicht Gesellschafter, da durch die Versteigerung die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten an den Ersteigerer und bei ergebnisloser Versteigerung an die Gesellschaft selbst fallen.[63]) Erwirbt niemand den Gesellschaftsanteil, denn die Rechtsvorgänger erhalten ihn für ihre Zahlung nicht, so verbleibt er bei der Gesellschaft. Diese wird später eine weitere Verwertung versuchen. Sollte sich ein neues Mitglied finden, so fällt der Erlös an denjenigen, der für den Ausgeschlossenen bezahlen musste.

Hatte der Ausgeschlossene keine Vorgänger, so müssen die übrigen Gesellschafter infolge ihrer Solidarhaft für den Ausfall aufkommen. Die zahlenden Gesellschafter haben aber nie einen Anspruch auf Ueberlassung des Gesellschaftsanteils, unbekümmert darum, ob der säumige Gesellschafter ausgeschlossen wurde oder nicht; denn sie leisten nur auf Grund ihrer solidarischen und persönlichen Haftung gegenüber den Gläubigern.[64])

Der Ersteigerer wird nur für den Betrag von einer weiteren Zahlung befreit, den der Ausgeschlossene hätte begleichen sollen. Es ist nun möglich, dass durch den eingeforderten Betrag noch nicht die ganze Stammeinlage gedeckt ist. Somit muss der Ersteigerer bei der nächsten Aufforderung für den Rest noch aufkommen. Leistet nun der Ersteigerer bei der Einforderung eines weitern Teilbetrages oder des Restbetrages keine Zahlung, so stellt sich die Frage, wer dann für den erneuten Ausfall aufzukommen hat? Sicher haftet der Ausgeschlossene, der die Versteigerung veranlasste; vom Ausgeschlossenen ist aber meistens nicht viel zu erhoffen! Weitere

---

[62]) Guhl GmbH. S. 32.

[63]) Ueber die Streitfrage, ob die Gesellschaft den Anteil erwirbt, vgl. Hachenburg Komm. § 21 Anm. 25.

[64]) Hachenburg in ZBH. 1926 S. 22.

Vorgänger im Sinne von O. R. 801 hat aber der Ersteigerer nicht![65]) So sind es wiederum die übrigen Gesellschafter, welche für den Ausfall aufzukommen haben. Die Mitglieder haben also das grösste Interesse, sich einen Ersteigerer genau anzusehen. Es besteht die Möglichkeit, diesbezügliche Bestimmungen in die Steigerungsbedingungen aufzunehmen.

Das ganze Kaduzierungsverfahren und damit die Ausfallshaftung findet nur auf Geldeinlagen Anwendung; denn die Sacheinlagen müssen schon vor der Gründung in der freien Verfügung der Gesellschaft stehen, ansonst sie sich nicht eintragen lassen kann (O. R. 779 Zif. 2). Dagegen haften die Sacheinleger wie die Geldeinleger für den Ausfall, der sich bei einer Kaduzierung ergeben kann.

---

[65]) Guhl GmbH. S. 33.

§ 2. DIE NACHSCHUSSPFLICHT.

a) *Begriff und Inhalt der Verpflichtung.*

Die Begriffsumschreibung der Nachschusspflicht finden wir in O. R. 803 Abs. 1, wonach die Gesellschafter über die Stammeinlage hinaus zu weitern Leistungen, sogenannten Nachschüssen, verpflichtet werden können. Eine Pflicht zur Leistung von Nachschüssen besteht nie von Gesetzes wegen, sondern muss stets durch die Statuten begründet werden, wobei ein Reglement die nähere Umschreibung der Leistungen enthalten kann.[1]) Zwingend ist ferner die Vorschrift (O. R. 803 Abs. 1), dass solche Nachschüsse nur zur Deckung von Bilanzverlusten verwendet werden dürfen. Daraus geht hervor, dass Nachschüsse keinen gesetzlichen Reservefond bilden, noch einen Weg zur Kapitalbeschaffung andeuten. Die Schaffung der Nachschusspflicht hat also nicht eine grössere Elastizität des Gesellschaftskapitals zur Folge, da es kein Nachschusskapital gibt.

Bilanzverluste können unseres Erachtens nur durch Geld oder Geldsurrogate gedeckt werden. Deshalb fallen hier nur Geldeinlagen in Betracht, zum Unterschied der Deckungspflicht bei den Stammeinlagen. Regelmässig wird die Nachschusspflicht von den Gründern in die Statuten aufgenommen werden. Dies ist aber nicht unbedingt nötig; eine spätere Aufnahme bedarf der Einstimmigkeit der Gesellschafter, weil dies eine Vermehrung der statutarischen Leistungen bedeutet (O. R. 784 Abs. 3). Ist über die Art und Weise der Leistungspflicht nichts Näheres bestimmt, so ist anzunehmen, dass die Nachschüsse im Verhältnis der einzelnen Stammeinlagen zu leisten sind (Prinzip der Gleichbehandlung). Dies wird zugleich auch der Normalfall sein; die Statuten können aber auch die Nachschusspflicht jedes einzelnen genau umschreiben, so z. B. die Geschäftsführer mit einer höheren belasten, um sie dadurch zu einer seriösen und vorsichtigen Geschäftsführung anzuhalten.

Es können nun Bilanzverluste schon in den ersten Jahren entstehen, was bei Neugründungen, d. h. wo kein Betrieb mit bestehendem Kundenkreis in die Form der GmbH. umgewandelt wird, nicht selten der Fall sein wird. In diesem Zeitpunkt ist vielleicht das Stammkapital noch nicht einmal voll einbezahlt. Ist es in die-

[1]) Ueber die wirtschaftliche Bedeutung der Nachschüsse vgl. Corradini S. 53 f.

sem Fall möglich, dass Nachschüsse schon eingefordert werden können, wenn das Stammkapital noch nicht vollständig einbezahlt ist? Da unser Gesetz diese Frage nicht regelt, also auch nicht ausdrücklich verbietet, können wir annehmen, dass der Gesetzgeber die Regelung den Gesellschaftern selbst überlassen will. Die Gesellschaft hat vielleicht den Rest ihres Stammkapitals zur Vergrösserung des Betriebes, Aufnahme eines neuen Fabrikationszweiges usw. vorgesehen, so dass sie später zu diesem Zweck ihr Kapital vergrössern müsste, denn Nachschüsse können nicht zur Kapitalvergrösserung verwendet werden (O. R. 803 Abs. 1). Aus diesen Gründen müssen wir annehmen, dass Nachschüsse eingezogen werden können, *ohne dass das Stammkapital voll einbezahlt oder auch nur voll eingefordert ist.*[2]) Wollen die Gesellschafter im Gegenteil eine Einforderung von Nachschüssen vor Volleinzahlung des Stammkapitals vermeiden, so können sie dies durch dementsprechende Regelung in den Statuten.

Der Beschluss der Einforderung von Nachschüssen (O. R. 810 Zif. 7) steht der Gesellschaftsversammlung zu, nicht etwa den Geschäftsführern. Für die Erfüllung der Nachschusspflicht bezieht sich unser Gesetz auf die Bestimmungen über die Einzahlung der Stammeinlagen (O. R. 798—801), so dass auch hier den Gesellschaftern die Nachschüsse weder gestundet noch erlassen werden können.

Unter welchen Umständen und auf welche Art und Weise können nun solche Nachschüsse wieder zurückbezahlt werden? Eingefordert wurden sie zur Deckung einer Unterbilanz. Hat sich nun eine GmbH. erholt, schliesst sogar mit einem Gewinn ab, so fällt damit der Zweck der Nachschüsse dahin. Ist deshalb Gesellschaftsvermögen über das einbezahlte Stammkapital hinaus vorhanden, so können die Nachschüsse zurückbezahlt werden. Wichtigste Voraussetzung für die Rückzahlung ist daher, dass sich dadurch das Stammkapital nicht vermindert, d. h. durch die Auszahlung darf keine neue Unterbilanz entstehen. Ist nun eine Rückzahlung auch möglich, wenn das Stammkapital noch nicht voll einbezahlt ist oder mit andern Worten müssen zuerst die Restzahlungen auf die Stammeinlagen eingefordert und einbezahlt werden, bevor die Rückzahlungen vorgenommen werden können? Unseres Erachtens wäre eine solche Lösung sinnlos, denn durch die Rückzahlung der Nachschüsse geht die Nachschusspflicht sicher nicht unter, sondern tritt von neuem in vollem Umfang ein, d. h. die Nachschüsse gelten als

[2]) Vgl. für das deutsche Recht: Brodmann § 28 Anm. 3; Hachenburg § 26 Anm. 11, Scholz § 26 Anm. II 2, wo verlangt wird, dass ein Stammkapital nicht voll einbezalt, jedoch in der Regel voll eingefordert sein muss.

nicht eingefordert. Auch hier ist eine statutarische Regelung möglich, die z. B. eine Rückzahlung der Nachschüsse von der Volleinzahlung des Stammkapitals abhängig machen kann. Analog zur Einforderung wird auch der Beschluss zur Rückzahlung der Nachschüsse durch die Gesellschafterversammlung gefasst. Die Rückzahlung selbst wird auf die gleiche Art vorgenommen wie die seinerzeitige Einzahlung.

Kommt die Gesellschaft in Konkurs, so können die Gesellschafter für ihre Nachschüsse nicht als Gläubiger auftreten, sondern erhalten erst etwas, wenn sämtliche Gläubiger befriedigt worden sind. Die Gesellschaft verpflichtet deshalb ihre Mitglieder besser zur Darlehensgebung statt zur Nachschusspflicht. Damit wird erreicht, dass sie im Gesellschaftskonkurs für ihre Darlehen als Gläubiger auftreten können und erhalten so wenigstens die Konkursdividende. Da eine Nachschusspflicht nicht von Gesetzes wegen besteht, kann eine solche Verpflichtung nicht als Gesetzesumgehung angesehen werden.

b) *Umfang der Verpflichtung.*

Zwingend ist die Vorschrift, dass die Nachschusspflicht nur beschränkt sein darf (803 Abs. 2). Die Statuten müssen eine Höchstgrenze vorsehen, damit jeder Gesellschafter genau weiss, bis zu welcher Summe er herangezogen werden kann. Es genügt, dass die Höhe nur insgesamt angegeben wird, eine Verteilung wird dann im Verhältnis der einzelnen Stammeinlagen vorgenommen werden. Die Angabe der Maximalhöhe ist zwingend, so dass ein Unterlassen zur Ungültigkeit sämtlicher statutarischer Vorschriften über die Nachschusspflich führt. Die Beschränkung der Nachschüsse auf eine statutarisch festgesetzte Summe hat ferner zur Folge, dass ein Abandonrecht, d. h. das Recht jedes Gesellschafters, der Gesellschaft seinen Gesellschaftsanteil zur Verfügung stellen zu können, hinfällig wird; denn jedes Mitglied einer GmbH. weiss schon zum voraus, ob eine Nachschusspflicht besteht und, wenn ja, für welche Summe es maximal in Anspruch genommen werden kann. Die Begrenzung der Nachschusspflicht wurde zum Schutz der Gesellschafter aufgestellt; daraus folgt, dass diese Grenze nicht unverhältnismässig hoch liegen darf. [3])

c) *Verzug des Gesellschafters.*

Ein Gesellschafter kommt mit seiner Leistung in Verzug, wenn er der ordnungsgemässen Aufforderung zur Bezahlung seines Nach-

[3]) So auch im deutschen Recht bei beschränkter Nachschusspflicht. Vgl. Hachenburg § 28 Anm. 10.

schusses nicht nachkommt. Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, hier eine besondere Regelung vorzunehmen, sondern verweist auf die Bestimmungen über den Verzug bei der Einzahlung der Stammeinlagen und die Verwertung des Anteils (O. R. 798—801). Die unter § 1 b besprochenen Folgen, Verwertung und Kaduzierung des Anteils, treten auch hier ein. Eine wichtige Aenderung besteht nur darin, dass die Rechtsvorgänger des Ausgeschlossenen für den Ausfall nicht behaftet werden können. Dagegen haftet der Ausgeschlossene selbst uneingeschränkt weiter. Diese Regelung ist zwingend und kann durch die Statuten nicht abgeändert werden.

Unter den Gesellschaftern selbst bestund in den Vorentwürfen keine solidarische Haftung zur Erfüllung der Nachschusspflicht. Mit der Begründung, dass eine verschiedene Behandlung der Einlage- und Nachschusspflicht in diesem Punkt nicht gerechtfertigt ist, hat die Redaktionskommission diese Bestimmung fallen gelassen. [4])

[4]) Protokoll S. 944.

§ 3. DIE HAFTUNG DER GESELLSCHAFTER.

In unserem Gesetz treten uns stets zwei Formen von Haftungssystemen gegenüber, die unbeschränkte und die beschränkte Haftung. Eine unbeschränkte Haftung [1]) ist im Prinzip nur da gegeben, wo der betreffende Gesellschafter ein uneingeschränktes Mitsprache- und Geschäftsführungsrecht hat. Es ist das Einstehen für alle Gesellschaftsschulden, wie es im geltenden Recht in der Kollektivgesellschaft verwirklicht ist. Daraus folgt, dass der beschränkt Haftende nur einen beschränkten Einfluss auf die Geschäftsführung haben kann, so der Kommanditär und der Aktionär. Im geltenden Recht ist dieses Prinzip in Wirklichkeit durchbrochen worden. Man denke nur einmal an die Aktiengesellschaft mit nur wenigen Aktionären oder noch deutlicher an die Einmann-Aktiengesellschaft. Dieser Aktionär besitzt ein vollkommen uneingeschränktes Geschäftsführungsrecht, obschon er nur beschränkt haftet.

Für uns von Wichtigkei ist nun die Frage, worauf sich die Beschränkung der Haftung bezieht. Hier gibt es zwei Möglichkeiten: entweder haftet der Gesellschafter nur bis zu einer bestimmten Summe oder aber die Beschränkug bezieht sich auf den Kreis der Exekutionsobjekte.

Im ersten Fall spricht man von einer beschränkt persönlichen Haftung. Hier ist der Kreis der Exekutionsobjekte uneingeschränkt, d. h. die Haftung ist persönlich, der Schuldner haftet mit seinem ganzen Vermögen, aber nur bis zu einer bestimmten Höhe. Das Gegenstück dazu bildet der zweite Fall, wo sich zwar die Haftung auf die ganze Schuld erstreckt, der Kreis der Exekutionsobjekte aber beschränkt bleibt. So haften z. B. für Gesellschaftsschulden nur das Gesellschaftsvermögen, nicht aber etwa das Privatvermögen der Gesellschafter.

Es würde zu weit führen, an dieser Stelle von den terminologischen Unterschieden des Begriffes «Haftung» zu sprechen, sondern wir behalten die oben angeführte Formulierung von Ehrenberg bei, Beschränkung der Haftungssummen oder der Exekutionsobjekte. [2])

---

[1]) Ehrenberg S. 1 ff.

[2]) Vgl. von Thur, allg. Teil § 4 VI S. 14—16, Gierke deutsches Privatrecht III § 174, S. 9 ff., Schreiber 1. Bd. S. 17 und 175, von Schwerin S. 9 f. und Nothnagel S. 158.

Einleitend seien kurz die Haftungsverhältnisse bei den andern Gesellschaftsformen erwähnt. Das Prinzip der unbeschränkten, solidarischen Haftung kennt die Kollektivgesellschaft, d. h. jeder Gesellschafter haftet unbeschränkt mit seinem ganzen Privatvermögen und solidarisch für alle Schulden der Gesellschaft (O. R. 568—573). Der Kollektivgesellschaft am nächsten kommt die Kommanditgesellschaft, wo sich neben mindestens einem unbeschränkt Haftenden, beschränkt Haftende, die sogenannten Kommanditäre, befinden. Die Gesellschaft an und für sich haftet unbeschränkt. Der Kommanditär haftet persönlich, d. h. mit seinem ganzen Vermögen, jedoch nur beschränkt bis zur Höhe der ins Handelsregister eingetragenen Kommandite. Die Schuld des Kommanditärs ist deshalb immer durch die Kommandite, d. h. die Haftsumme beschränkt; sie ist eine beschränkte, bürgschaftsähnliche Nebenschuld neben der Hauptschuld der Gesellschaft.[3]) Der Kommanditär ist zur Geschäftsführung weder berechtig noch verpflichtet (O. R. 600), die Vertretungsmacht liegt allein beim Komplementär (O. R. 603), während bei der Kollektivgesellschaft im Zweifel sämtlichen Gesellschaftern die unbeschränkte Vertretungsmacht zukommt.

Bei der Aktiengesellschaft haften alle Gesellschafter nur beschränkt und unpersönlich.[4]) Die unpersönliche Haftung wird von Wieland auch gegenständlich beschränkt genannt[5]). Trotzdem hier die Haftung wie bei der Kommanditgesellschaft eine beschränkte ist, so sieht sie bei der Aktiengesellschaft doch wesentlich anders aus. Die ganze Gesellschaft haftet bei beiden Gesellschaftsformen unbeschränkt, d. h. mit dem vollen Gesellschaftskapital, nur mit dem Unterschiede, dass bei der Aktiengesellschaft die unbeschränkte Haftung der juristischen Person die einzige Beziehung der Gesellschaftsgläubiger zum Vermögen der Aktionäre bildet. Nicht die einzelnen Aktionäre haften den Gläubigern gegenüber, sondern allein die Gesellschaft haftet ihnen direkt, wogegen bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft die Gesellschafter direkt haften, wenn auch nur subsidiär. Der einzelne Aktionär hat die alleinige Verpflichtung den übernommenen Aktienbetrag zu den vorgesehenen Bedingungen einzubezahlen. Somit ist seine Schuldpflicht gegenüber der Gesellschaft beschränkt und demnach auch seine Haftung, denn es ist doch anzunehmen, dass zur Schuldpflicht auch eine Haftung gehört. Das Aktienrecht kennt folglich keine direkte Haf-

---

[3]) Wieland H. R. I S. 631.

[4]) Ueber die historische Entstehung vgl. Liefmann S. 39, Wieland H. R. I §§ 38—41, Fischer S. 14 ff.

[5]) Wieland H. R. I S. 487.

tung der Aktionäre gegenüber den Gläubigern, jedoch eine indirekte Sicherung durch die Verpflichtung der Aktionäre der Gesellschaft gegenüber. Mit andern Worten: die Haftung des Aktionärs ist eine durch den Aktienbetrag beschränkte, reine Vermögenshaftung, den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nicht persönlich, sondern gegenständlich beschränkt, unpersönlich. Somit haftet den Gläubigern gegenüber nur die juristische Person der Aktiengesellschaft, nicht aber die Aktionäre. Dabei muss man sich aber vergegenwärtigen, dass die juristische Person nur Zweckmässigkeitsvorstellung ist, dass in Wirklichkeit die Aktiengesellschaft eine Gesellschaft, eine Vereinigung von mehreren Personen ist. Deshalb darf man wohl von einer Haftung der Aktionäre sprechen. Diejenigen, welche diese Auffassung nicht teilen können, bemerken dazu, dass der Aktionär weder beschränkt noch unbeschränkt haftet, sondern nur leistungspflichtig ist; denn zwischen den Gesellschaftsgläubigern und den Aktionären bestehe keine rechtliche Beziehung.[6]) Für diese Frage verweisen wir auf die diesbezügliche Literatur;[7]) denn sie bedeutet nur einen Streit um Worte, und zweitens steht sie in keinem näheren Zusammenhang zu unserer Arbeit.

Die Genossenschaft wollen wir hier beiseite lassen, da sie verschiedene Haftungssysteme annehmen kann und so keine typische Form zeigt.

Zusammenfassend seien kurz noch einmal die unserem Gesellschaftsrechte bekannten Haftungs-Systeme wiedergegeben:

1. Das System der unbeschränkt-persönlichen Haftung: den Gesellschaftsgläubigern haften die Gesellschafter persönlich, unbeschränkt und solidarisch mit ihrem ganzen Privatvermögen.

a) Primär ist diese Haftung, wenn den Gläubigern neben dem Gesellschaftsvermögen *gleichzeitig* die Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten einstehen. Daraus folgt, dass es den Gesellschaftsgläubigern freisteht, sich ans Gesellschaftsvermögen oder direkt an einen Gesellschafter zu halten. Diese Haftungsordnung gilt für die deutsche Kollektivgesellschaft und die Komplementäre der deutschen Kommanditgesellschaft.[8]) Sie ist dem schweizerischen Gesellschaftsrecht unbekannt.

b) Subsidiär ist diese Haftung dann, wenn die Gesellschafter erst belangt werden können, nachdem der Gesellschafter selbst in Konkurs geraten oder die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos

[6]) Schoch S. 18 f.

[7]) Wieland Handelsrecht I S. 487 Anm. 1, Fischer S. 11, Müller S. 9, Lehmann S. 215 ff.

[8]) Müller-Erzbach S. 198 f., Gierke S. 139, 167, Lehmann S. 257.

betrieben wurde. Diese rechtliche Regelung kennt das schweizerische Recht der Kollektivgesellschaft (O. R. 568 Abs. 3), der Kommanditgesellschaft (O. R. 604) und die Genossenschaft im Sinne von O. R. 869.

2. Die unpersönliche oder gegenständlich beschränkte Haftung. Es ist dies das Gegenstück zur unbeschränkt persönlichen Haftung und typisch für das Haftungssystem der Aktiengesellschaft: das Vermögen der Gesellschaft haftet allein den Gesellschaftsgläubigern gegenüber (O. R. 620 Abs. 1). Die Aktionäre dagegen haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich, sondern sind nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet (O. R. 620).[9])

3. Das System der beschränkt persönlichen Haftung. Wie die Haftung beschränkt sein kann, haben wir oben beschrieben. Dieses Haftungssystem teilt sich wieder:

a) in primäre Haftung, nämlich dann, wenn die Gesellschaftsgläubiger ein direktes Zugriffsrecht in das private Vermögen der Gesellschafter haben, jedoch nur bis zu einem bestimmten vorschriftsmässig veröffentlichten Höchstbetrage.[10]) Dieses System kennt das deutsche Recht für die Haftung des Kommanditärs[11]) und ist unserem Recht unbekannt;

b) in subsidiäre Haftung, wenn das Privatvermögen der Gesellschafter in Höhe des veröffentlichten Betrages erst hinter dem Gesellschaftskapital haftet. Praktisch wird sich das so gestalten, dass die aus dem Gesellschaftskapital unbefriedigten Gläubiger zuerst auf die unbeschränkt haftenden Gesellschafter greifen werden. Dieses System kennt unser Obligationenrecht für die Haftung des Kommanditärs (O. R. 608 Abs. 1), allerdings mit der Einschränkung, dass die Gläubiger nur verlangen können, dass der noch nicht geleistete oder zurückerstattete Teil der Kommanditsumme in die Liquidations- oder Konkursmasse eingeworfen werde (O. R. 610 Abs. 2).

Die Fälle, wo der Kommanditär unbeschränkt haftet (O. R. 605 ff.) oder mit einer höhern Kommandite (O. R. 608), bilden die Ausnahme und wurden deshalb absichtlich weggelassen.

* * *

Die Haftung der GmbH. beruht auf dem schon öfters erwähnten Prinzip der Erhaltung des Stammkapitals. Wie schon die Bezeich-

---

[9]) Fischer S. 11, Wieland Handelsrecht I S. 487.

[10]) Wieland Handelsrecht I S. 487.

[11]) Im deutschen Recht wird er Kommanditist genannt. Vgl. dazu Müller-Erzbach S. 230.

nung dieser Gesellschaftsform andeutet, liegt der Zweck der GmbH. rechtlich ausgedrückt in der Beschränkung der Haftung, wirtschaftlich ausgesprochen in der festen Begrenzung des Unternehmer-Risikos.[12]) Nach welcher Richtung unser Gesetz diese Haftung der Gesellschafter nun beschränkt, behandeln wir im Nachstehenden. Damit wir auch die Parallele zu den andern Gesellschaftsformen unseres Gesetzes ziehen können, haben wir oben kurz auch diese Haftungsformen aufgeführt.

Grundsätzlich stehen dem Gesetzgeber zwei Möglichkeiten offen: entweder lehnt er sich an die Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaft) oder an die Personalgesellschaften. Unser Gesetz hat die zweite Möglichkeit gewählt, indem es bestimmt, dass die Gesellschafter «nach den für die Kollektivgesellschaft aufgestellten Vorschriften» für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals haftbar sind (802 Abs. 1). Dadurch soll die GmbH. «eine genügende Kreditunterlage» erhalten.[13]) Es ist das System der beschränkt persönlichen Haftung. Dazu kommt noch die solidarische Haftung bis zur Höhe des Stammkapitals. *Die Stammeinlage bildet also die Grenze der Leistung, das Stammkapital die maximale Haftung jedes Gesellschafters.* «Die schweizerische GmbH. ist eine Kommanditgesellschaft, die nur aus Kommanditären besteht»,[14]) im Unterschied zur deutschen GmbH., bei welcher der Zusammenschluss von Kapital vorwiegt, «eine Aktiengesellschaft ohne Aktien».[15])

Wichtig ist, dass der Gesellschafter durch Leistung seiner ganzen Einlage von der Solidarhaftung *nicht* befreit wird. Erst wenn alle dieser Pflicht nachgekommen sind, d. h. das ganze Stammkapital voll einbezahlt ist und bleibt, fällt auch die Solidarhaftung dahin. Nicht nötig ist dabei, dass jeder selbst seine Einlage geleistet hat. Der von einem Gläubiger belangte Gesellschafter kann sich darauf berufen, dass ein anderer für ihn geleistet hat.

Da für die Haftung auf das Recht der Kollektivgesellschaft verwiesen wird, folgt aus O. R. 568 Abs. 3, dass die Gesellschaft zuerst in Konkurs kommen muss, erfolglos betrieben worden sein oder sich auf andere Weise aufgelöst haben muss, bevor der einzelne Gesellschafter von den Gläubigern belangt werden kann. Die Haftung ist also subsidiär, der Gesellschaftsgläubiger kann sich zur Deckung seiner Forderung nicht direkt an ein Mitglied der GmbH.

---

[12]) Liefmann S. 39 f., Hachenburg Komm. allgem. Einleitung Anm. 12.
[13]) Protokoll S. 520.
[14]) Hachenburg in ZSR. n. F. 55 1936 S. 332, Haab in Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht Bd. 90, S. 318.
[15]) Hachenburg in ZBH. 1926 S. 17.

wenden. Die Verweisung auf das Recht der Kollektivgesellschaft hat weiter zur Folge, dass diese subsidiäre Haftung nicht nur dann eintritt, wenn die Gesellschaft aufgelöst, in Konkurs gekommen oder erfolglos betrieben worden ist, sondern auch dann, wenn ein Gesellschafter selbst in Konkurs geraten ist. Dies ist ausdrücklich im Absatz 3 O. R. 568 vorgesehen.

Die direkte Haftung der Gesellschafter erfährt in O. R. 802 Abs. 4 eine Einschränkung; denn das Zugreifen eines Gläubigers auf ein Mitglied kann Ungerechtigkeiten zur Folge haben, obschon der zahlende gegenüber den andern Gesellschaftern ein Rückgriffsrecht hat (O. R. 802 Abs. 3). Für die Genossenschaft wurde in O. R. 873 ein Umlageverfahren eingeführt, das auch für die GmbH. vorgesehen ist.[16]) Die Liquidatoren übernehmen bei einer freiwilligen Auflösung anstelle der einzelnen Gesellschaftsgläubigern die Pflicht zur Verwirklichung der Haftung, d. h. sie stellen die Haftungssumme jedes Gesellschafters fest und fordern sie ein. Im Falle eines Konkurses fällt die gleiche Aufgabe der Konkursverwaltung zu (O. R. 802 Abs. 4). Das Umlageverfahren wird hauptsächlich da zur Anwendung gelangen, wo eine GmbH. mit einer grossen Zahl von Mitgliedern zur Auflösung kommt. Zur entsprechenden Anwendung kommen die Vorschriften der Verordnung, die das Bundesgericht für die Genossenschaften aufgestellt hat (O. R. 873 Abs. 4).[17]) Eine Einforderung von Haftungssummen durch die Liquidatoren beziehungsweise die Konkursverwaltung greift nur Platz, wo die Stammeinlagen nicht voll liberiert sind oder wo das Stammkapital durch ungerechtfertigte Bezüge geschmälert ist, d. h. wo eine Haftung der Gesellschafter überhaupt besteht.

Eine ähnliche Regelung kennen wir im Recht der Kommanditgesellschaft, wo die Gläubiger nach Auflösung der Gesellschaft nur verlangen können, dass die Kommanditäre die Restzahlungen auf ihre Kommandite in die Konkursmasse einbezahlen.

Während wir in § 1 als oberste Pflicht des Gesellschafters die Leistung seiner Stammeinlage nannten, wird durch die Haftung die Erhaltung des Stammkapitals gewährleistet. Aufgabe der Leistungspflicht soll Sicherung des Vorhanden*seins*, der Erhaltungspflicht Sicherung des Vorhanden*bleibens* sein.[18])

Durch die Verweisung auf die Haftung der Kollektivgesellschaft ergibt sich auch die Lösung der Frage, wann die Haftung der Ge-

[16]) Guhl GmbH. S. 37, Hachenburg in ZBH. 1926 S. 17.

[17]) Guhl a. o. O., Verordnung des Bundesgerichts über den Genossenschaftskonkurs vom 20. Dez. 1937.

[18]) Schuncke S. 61 ff., Müller-Erzbach S. 242 ff., Hachenburg ZBH. 1926 S. 18.

sellschafter geltend gemacht werden kann. Der häufigste Auflösungsgrund einer Kollektivgesellschaft ist unbestreitbar der Konkurs (O. R. 574 ff.). Da mit dem Konkurs der Gesellschaft die Gesellschafter persönlich belangt werden können, stellte sich hier früher die Frage, ob es der Zeitpunkt der Konkurs-Eröffnung (SchKG. 175) oder derjenige der Schlusserklärung (SchKG. 268) ist.[19]) Nach O. R. 574 Abs. 1 ist es der Zeitpunkt der Konkurs-Eröffnung. Diese Bestimmung wurde vom Aktien- (a. O. R. 664 Zif. 3) bzw. Genossenschaftsrecht (a. O. R. 709 Zif. 3) in das neue Recht der Kollektivgesellschaft aufgenommen.

Vom Zeitpunkt der Konkurs-Eröffnung können also die Gesellschaftsgläubiger sämtliche Kollektivgesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich in Anspruch nehmen.

Eine erfolglose Betreibung, wie sie O. R. 568 Abs. 3 verlangt, wird durch die Ausstellung eines Verlustscheines dokumentiert (SchKG. 149 Abs. 1)[20]) und nicht schon durch die Einstellung der Zahlungen. Eine erfolglose Betreibung wird zwar selten vorkommen, da jede eingetragene Kollektivgesellschaft der Betreibung auf Konkurs unterliegt.

Infolge der Verweisung gilt grundsätzlich das gleiche für die GmbH. Eine persönliche Inanspruchnahme des Gesellschafters kann erst erfolgen, «wenn die GmbH. infolge Konkurs oder aus einem andern Grund aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist». Gleich wie die unbeschränkt persönliche Haftung der Kollektivgesellschafter ist die beschränkt persönliche Solidarhaftung der Mitglieder einer GmbH. subsidiärer Natur; als Zeitpunkt der Inanspruchnahme ist auch hier die Eröffnung des Gesellschafts-Konkurses (SchKG. 175) massgebend.

Diese subsidiäre Haftung tritt aber nicht nur in den vorerwähnten Fällen ein, sondern auch dann, wenn der einzelne Gesellschafter selbst in Konkurs geraten ist (O. R. 568 Abs. 3). Infolge der Solidarhaftung können für Verpflichtungen, welche die GmbH. nicht erfüllt hat, sämtliche Gesellschafter belangt werden, sofern eine Haftung der Gesellschafter überhaupt noch besteht. Die Gläubiger werden sich denjenigen aussuchen, der ihnen die grösste Gewähr für Zahlung bietet.

Es haften aber nicht nur die im Augenblick der Konkurs-Eröffnung «vorhandenen» Gesellschafter, sondern auch eventuell Ausgeschiedene, sofern die Verjährungsfrist nach O. R. 801 Abs. 1 noch nicht abgelaufen ist. Den Ausgeschiedenen gleichgestellt sind die von der GmbH. Ausgeschlossenen. O. R. 799 Abs. 2, wonach der

[19]) Moor S. 78.
[20]) Moor S. 90 f., Jäger Art. 149 Anm. 3.

Ausgeschlossene für den nicht einbezahlten Betrag haftbar bleibt, findet bezüglich der Dauer der Haftung die nötige Ergänzung durch die Verweisung auf das Recht der Kollektivgesellschaft.

a) *Für Ausfälle am Gesellschaftsvermögen.*

Unmittelbare Folgen des Kapitalerhaltungsprinzipes sind:[21])

1. das Verbot ungerechtfertigter Rückzahlungen an die Gesellschafter;
2. das Verbot zu Unrecht ausgewiesener Gewinn an die Mitglieder zur Verteilung zu bringen;
3. das Verbot der Verzinsung des Stammkapitals.

Diese Verbote sind statuiert in O. R. 802 Abs. 2, welcher lautet: «Diese Befreiung tritt nicht ein, wenn das Stammkapital durch Rückleistungen oder durch den ungerechtfertigten Bezug von Gewinnbeträgen oder von Zinsen, ausgenommen Bauzinse, vermindert worden ist.»

Als Rückleistungen der Gesellschaft auf die geleisteten Stammeinlagen ist jede Uebertragung von Gesellschaftsvermögen auf die Gesellschafter zu verstehen, die eine Schmälerung des Gesellschaftsvermögens darstellt und die nicht als bilanzmässiger Gewinn aufgefasst werden kann. Dabei kommt es nicht darauf an, ob beim Bezug der Gesellschafter gut- oder bösgläubig war. Die Gut- oder Bösgläubigkeit spielt nur für die Frage der Verjährung eine Rolle (O. R. 806 Abs. 3): bei gutem Glauben verjährt der Rückforderungsanspruch der Gesellschaft schon nach 2 Jahren, während bei bösem Glauben die Verjährung mit Ablauf von 5 Jahren, vom Empfang der Zahlung an gerechnet, eintritt. Diese Rückzahlungen können nun in irgend einer Form vorkommen, sowohl offen als auch verschleiert. Sie sind jedoch immer unzulässig, sobald sie ungerechtfertigt sind. Verschleierte Rückleistungen sind unter Umständen schwer nachzuweisen. In praxi werden wir solche in Form von festen Entgelten treffen: als übersetzte Entschädigung der Geschäftsführer, eines Experten oder eines technischen Leiters, als mietweise Ueberlassung von Gegenständen zu übersetztem Zins, als Entschädigung für nicht geleistete Arbeit usw.[22])

O. R. 807 umschreibt dagegen die Fälle der erlaubten Rückleistungen auf das Stammkapital: die Gesellschaft hat das Recht, unter Beobachtung bestimmter Voraussetzungen eigene Gesellschaftsanteile zu erwerben und das Gesellschaftskapital herabzusetzen. Der Erwerb eigener Anteile ist erst statthaft, wenn «die Stammeinlagen vollständig einbezahlt sind», aber «jedoch nur aus dem über das

[21]) Corradini S. 60.
[22]) Corradini S. 61, Guhl GmbH. S. 38.

Stammkapital hinaus vorhandenen Gesellschaftsvermögen». Zu dem Zweck kann ein Spezialfond angelegt werden. Im weitern ist die Pfandnahme dem Erwerbe eigener Anteile gleichgestellt.[23]) Bei der Herabsetzung des Stammkapitals verweist unser Gesetz allgemein auf die Bestimmungen über die Herabsetzung des Aktienkapitals (O. R. 788 Abs. 2) und bestimmt im besondern nur, dass das Stammkapital nicht unter Fr. 20,000.— und die einzelne Einlage nicht unter Fr. 1000.— herabgesetzt werden darf.

Die an und für sich erlaubten Rückleistungen auf das Stammkapital dürfen nun nicht zur Umgehung des Verbotes der Rückleistungen verwendet werden (ZGB. 2 Abs. 2).

Gleich wie die unerlaubten Rückzahlungen bedeutet auch der ungerechtfertigte Bezug von Gewinn eine Schmälerung des Gesellschaftsvermögens. Was versteht nun der Gesetzgeber aber unter «unrechtmässigen Gewinn»?

Der Gesetzgeber trachtet hier dem Kapitalerhaltungsprinzip in der Weise Folge zu leisten, indem er für die Aufstellung der Jahresbilanz und damit zur Berechnung des Reingewinnes zwingende Vorschriften aufstellt.[24]) In O. R. 805 verweist das Recht der GmbH. auf die aktienrechtlichen Bestimmungen (O. R. 662/674) und das Aktienrecht zudem auf die Vorschriften des Titels über die kaufmännische Buchführung (O. R. 957/964). Es ist nicht unsere Aufgabe, näher auf die Bilanzvorschriften einzutreten, sondern wir wollen nur kurz von der Berechnung des Reingewinnes sprechen. Das Stammkapital und sämtliche Fonds sind nach O. R. 668 auf die Passivseite einzutragen, so dass ein buchmässiger Gewinn durch Subtraktion der Passiv- von der Aktivseite entsteht. Der Ueberschuss der Aktiv- über die Passivseite ist aber nur dann rechtmässiger Gewinn, wenn sämtliche in den zitierten Artikeln erwähnten Vorschriften genau beachtet wurden. Wurden sie unbeachtet gelassen, oder sind sie auf irgend eine Weise umgangen worden, so wird damit das Kapitalerhaltungsprinzip verletzt, d. h. die Gesellschaft kann ihr Rückforderungsrecht geltend machen.

Mit den Bilanzvorschriften wurde aus dem Aktienrecht auch die Bestimmung übernommen, dass jedes Mitglied der GmbH. «Anspruch auf den nach der Jahresbilanz sich ergebenden Reingewinn» hat. Nicht mitübernommen wurde aber die Berechnungsart der Dividende; während sie im Aktienrecht auf Grund des Nominalbetrages der Aktien berechnet wird, haben die Mitglieder einer GmbH. das Recht, den Berechnungsmodus selbst in den Statuten

---

[23]) Protokoll S. 526, Haab ZHR. Bd. 90 S. 321.

[24]) Egger: «Das Dividendenbezugsrecht des Aktionärs», Diss. Zürich 1927 S. 8 ff.

zu bestimmen. Subsidiär kommt die Bestimmung zur Anwendung, dass die Gesellschafter «im Verhältnis der auf ihre Anteile einbezahlten Beträge» Anspruch auf den Bezug von Dividende haben (O. R. 804 Abs. 1).[25]) Wäre die Ordnung gleich getroffen worden wie im Aktienrecht, so hätte dies Ungerechtigkeiten zur Folge; denn die Leistungen auf die einzelnen Stammeinlagen können bei der GmbH. verschieden sein.

Ein weiterer Unterschied im Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft besteht in Bezug auf Festsetzung und Beschluss der Dividende. Der Aktionär wird durch den Dividendenbeschluss Gläubiger der Gesellschaft,[26]) d. h. die Dividende muss ihm auf jeden Fall ausbezahlt werden, also auch dann, wenn nachträglich Verhältnisse eintreten, die eine Ausschüttung der Dividende nicht mehr erlauben würden. Für die GmbH. hätte die Anwendung dieses Grundsatzes schwerwiegende Folgen. Das schon so oft erwähnte Grundprinzip der Erhaltung des Stammkapitals würde durchbrochen. Die Gesellschaft kann deshalb die Auszahlung der Dividende verweigern, wenn sie in diesem Zeitpunkt beweisen kann, dass durch eine Auszahlung die erforderlichen Mittel der Erhaltung des Stammkapitals angegriffen werden müssten.[27]) Obschon dieser Grundsatz in unserem Gesetz nirgends ausdrücklich erwähnt ist, so kommt er doch in allen einschlägigen Bestimmungen indirekt zum Ausdruck.[27a]) Dem Gesetzgeber schwebt eben vor allem der Schutz der Gläubiger und nicht der Gesellschafter vor.

«Zinse dürfen für das Stammkapital nicht bezahlt werden», steht in O. R. 804 Abs. 2. Unser Gesetz enthält also ein ausdrückliches Verbot der Verzinsung der einzelnen Stammeinlagen. Diese Bestimmung wurde einerseits aus dem Aktienrecht (O. R. 675 Abs. 1) übernommen und ist anderseits unumgängliche Folge der Anwendung des Kapitalerhaltungsprinzipes. Wäre es erlaubt, Zinsen zu bezahlen, unbekümmert darum, ob die Gesellschaft mit Verlust abgeschlossen hat oder nicht, so wäre zweifelsohne das Stammkapital gefährdet und damit auch die Existenz der Gesellschaft selbst. Die GmbH. hat also auch hier die Anlehnung an die individualistischen Gesellschaftsformen abgeschlagen und sich gezwungenermassen den kapitalistischen zugewendet. Warum können nun aber Kollektiv- und Kommanditgesellschaft die Einlagen ihrer Gesellschafter ver-

---

[25]) Haab ZHR. Bd. 90 S. 314.

[26]) Lehmann S. 367, Hachenburg Komm. § 30 Anm. 1 Egger Diss. Seite 99.

[27]) Brodmann § 29 Anm. 6, Hachenburg § 29 Anm. 8, § 30 Anm. 1 u. 8, Gierke Lehrbuch S. 323 f.

[27a]) Vgl. dazu u. a. S. 27, 48, 52 und 87.

zinsen, während für die GmbH., die sich diese Gesellschaftsformen als Grundlage gewählt hat, ein ausdrückliches Zinsverbot statuiert wird? Dies ist einzig auf die verschiedenen Haftungsformen zurückzuführen: bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaft haben wir unbeschränkt und solidarisch haftende Gesellschafter, die indirekt eine solche Zinszahlung ermöglichen. Die Folgen einer Zinszahlung bei der GmbH., wo sich nur beschränkt haftende Gesellschafter vorfinden, haben wir oben beschrieben.

Eine einzige Ausnahme besteht bei der GmbH. bezüglich der Bauzinsen. Für diese gelten die aktienrechtlichen Bestimmungen des O. R. 676. Im Entwurf wurde das Zinsverbot auch auf die Bauzinse ausgedehnt,[28]) wurde später aber wieder aufgehoben. Es ist nicht einzusehen, weshalb die GmbH. in diesem Punkt anders behandelt werden sollte als die Aktiengesellschaft. So darf auch bei einer GmbH. mit langer Vorbereitungszeit Zinse bezahlt werden, was für diese Gesellschaften sicher von Vorteil sein wird.

Eine weitere wichtige Folge der Verweisung auf die Haftung der Kollektivgesellschaft ist die Möglichkeit der Eingehung einer Solidarbürgschaft der Mitglieder zu Gunsten ihrer Gesellschaft (O. R. 568 Abs. 3). Fragen wir uns zuerst, weshalb es überhaupt wünschbar ist, dass bei der Kollektivgesellschaft eine solche Solidarbürgschaft zur Anwendung kommt, da doch sämtliche Gesellschafter unbeschränkt und solidarisch haften? Dies ist einzig und allein daraus zu erklären, dass nach O. R. 568 Abs. 3 die Gesellschaft selbst zuerst aufgelöst, in Konkurs geraten oder erfolglos betrieben werden muss, bevor die Gesellschafter belangt werden können, während die Solidarbürgen v o r dem Hauptschuldner (O. R. 496) belangt werden können. Vor Inkrafttreten des neuen Obligationenrechts hat das Bundesgericht die Eingehung einer solchen Bürgschaft bei der Kollektivgesellschaft mehrmals als nichtig erklärt.[29]) Nach früherer Praxis des Bundesgerichtes wurde die Kollektivgesellschaft nicht als eigenes Rechtssubjekt, als juristische Person, betrachtet; die Bürgschaft setzt eine fremde Schuld voraus, woraus das Bundesgericht logisch folgerte, dass dies bei der Kollektivgesellschaft nicht zutreffe, wenn die Gesellschafter eine Gesellschaftsschuld solidarisch verbürgen.[30]) Aus praktischen Gründen hat dann die Experten-Kommission Art. 568 Abs. 3 gleichwohl ins Gesetz aufgenommen. Dieser Bestimmung hat sich der bundesrätliche Entwurf angeschlossen, allerdings mit der Bemerkung, dass

---

[28]) Protokoll S. 524.

[29]) BGE. 40 II S. 366, 46 II 468.

[30]) Guhl in ZBJV. Bd. 62 S. 99, Egger «Festgabe f. d. Juristentag 1928» S. 198.

daraus keine Schlüsse für die Lösung der Streitfrage, ob der Kollektivgesellschaft juristische Persönlichkeit zukommen soll oder nicht, gezogen werden sollen.[31]) Unser neues Gesetz bleibt also bei einer Kompromiss-Lösung stehen.

Da im GmbH.-Recht keine gegenteilige Norm steht, müssen wir annehmen, dass diese Bestimmung auch für die Mitglieder einer GmbH. Gültigkeit hat, d. h. sie können sich solidarisch für alle Gesellschaftsschulen verbürgen. Ein Antrag, dass eine solche Bestimmung für die GmbH. keine Gültigkeit haben soll, wurde von der Experten-Kommission abgewiesen.[32]) Ueber die Folgen der Beibehaltung haben wir uns hier nicht auszusprechen.[33])

Was uns an dieser Stelle noch zu besprechen übrig bleibt, ist die Verteilung der *Beweislast*. Als Ergänzung zu diesen Zeilen verweisen wir auf das schon in § 1 b Gesagte. Aus O. R. 802 Abs. 1 können wir schliessen, dass die Höhe der Haftung stets um die auf das Stammkapital erbrachten Leistungen abnimmt, seien es Sach- oder Geldleistungen. Daraus folgt, dass die Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft dann nicht mehr belangt werden können, wenn die Gesamtheit ihrer Leistungen auf das Stammkapital mit dem publizierten Stammkapital übereinstimmen, mit andern Worten wenn das Stammkapital voll einbezahlt worden ist. Diese Regelung erfährt noch eine Einschränkung, das Stammkapital darf nicht durch Rückleistungen, durch ungerechtfertigte Bezüge von Gewinnbeträgen oder Zinsen geschmälert sein (O. R. 802 Abs. 2). In diesem Punkt müssen wir anknüpfen und uns die Frage stellen: Hat der von einem Gläubiger belangte Gesellschafter zu beweisen, dass das Gesellschaftskapital voll gedeckt und nicht durch ungerechtfertigte Bezüge vermindert worden ist, oder muss umgekehrt der Gläubiger selbst dartun, dass das Kapital nicht voll gedeckt ist oder dass es durch ungerechtfertigte Bezüge gekürzt wurde? Unser Gesetz sieht hier keine ausdrückliche Regelung vor, doch kann aus O. R. 802 die ihm vorschwebende Ordnung entnommen werden. Die bis zur Höhe des im Handelsregister eingetragenen Stammkapitals reichende Solidarhaftung, von der die Gesellschafter nur durch die Gesamtheit ihrer Leistungen auf das Gesellschaftskapital befreit werden, bietet Grund anzunehmen, dass der Gläubiger nur seine Forderung zu beweisen hat, der Gesellschafter dagegen die Volldeckung des Stammkapitals und das Nichtvorhandensein von unge-

---

[31]) Protokoll S. 56 f., Botschaft S. 11.

[32]) Protokoll S. 523 f.

[33]) Schoch S. 81 f., der damit eine GmbH. wie die des schweizerischen Rechts als illusorisch ansieht.

rechtfertigten Bezügen.[34]) Es würde einem Gläubiger sicher schwer fallen, in einem fremden, geschlossenen Personenverband den richtigen Einblick zu erhalten und eventuell raffinierte Vertuschungen aufzudecken. Durch diese Beweislast-Verteilung hat der Gesellschafter das grösste Interesse an einer korrekt und lückenlos geführten Buchhaltung, die ihm den verlangten Beweis mit Leichtigkeit zu erbringen erlaubt. Sie trägt auch dem vermehrten Gläubigerschutz Rechnung. Im gleichen Sinn sprach sich auch der Referent in der Experten-Kommission über sie aus.[35])

Die Beweiserbringung fällt sicher leichter, wenn das ganze Stammkapital durch Geldeinlagen gedeckt werden muss, schwieriger wird sie bei Sacheinlagen; hier kann die Beweiserbringung einen Geldeinleger oder dessen Rechtsnachfolger treffen, denn auch diese müssen den Wert aller Sacheinlagen dartun können.[36]) Durch diese Härte soll einzig und allein dem Gründerschwindel mit allen Mitteln entgegen getreten werden.

Der belangte Gesellschafter kann nur auf sein in O. R. 802 Abs. 3 statuiertes Rückgriffsrecht nach Massgabe der einzelnen Stammeinlagen vertröstet werden. Das Regressrecht stützt sich auf das interne Verhältnis, das unter den Mitgliedern besteht. Der Regressbetrag jedes Mitgliedes richtet sich nach seiner Stammeinlage, wird also nicht nach gleichen Teilen aufgeteilt. Intern besteht unter den Gesellschaftern keine Solidarhaftung, da nicht jeder für den ganzen Fehlbetrag aufzukommen hat. Es scheint, dass O. R. 802 Abs. 3 eine Spezialnorm darstellt, womit die Anwendung des O. R. 148 Abs. 3, der bestimmt, dass der von einem Mitglied nicht erhältliche Betrag von den andern gleichmässig zu tragen ist, aufgehoben wird.[37]) Intern haftet also jedes Mitglied für den Betrag, der seinem Anteil im Verhältnis zu den übrigen Anteilen entspricht. Dieser Betrag berechnet sich stets vom Nennwert der einzelnen Stammeinlagen und nicht etwa von den darauf erbrachten Leistungen. Gleichgültig ist, ob ein Gesellschafter Sach- oder Geldeinleger ist, beide haften nach Massgabe ihrer Stammeinlagen.

Durch Leistung an einen Gläubiger gehen sämtliche etwaige Nebenrechte, wie Pfandrechte, Bürgschaften usw. auf den rückgriffsberechtigten Gesellschafter über (O. R. 149 Abs. 1).

---

[34]) Corradini S. 63, Schweizer in SJZ. Bd. 19 S. 275, Schoch S. 84.
[35]) Protokoll S. 475, Botschaft S. 76.
[36]) Auf diese Schwierigkeit haben wir schon oben Seite 22 ff. hingewiesen.
[37]) Eebenso Corradini S. 64.

b) *Haftung des austretenden und des neuen Gesellschafters.*

Einleitend sei erwähnt, dass nicht unbedingt auf jeden Austritt auch ein Eintritt erfolgen muss. Kein Neueintritt erfolgt z. B. bei einem Gesellschafter, dem seine Stammeinlage aus über das Stammkapital vorhandenen Mitteln zurückbezahlt wird, oder wenn ein Mitgesellschafter die Stammeinlage des austretenden übernimmt. Die Regel wird jedoch sein, dass ein Austritt einen Neueintritt nach sich zieht.

Bei Behandlung dieser Haftung müssen wir uns stets vor Augen halten, dass die Bindung der Gesellschafter an die Gesellschaft von Gesetzes wegen eine sehr starke ist; das Gesetz gibt sogar die Möglichkeit, einen Austritt ganz auszuschliessen (O. R. 791 Abs. 3). Auch ein Recht auf Kündigung kennt unser GmbH.-Gesetz nicht; nur die Statuten können ein solches gewähren unter gleichzeitiger Festsetzung der Bedingungen, die zu erfüllen sind.

Wird nun durch Eintragung des Austrittes im Anteilbuch auch die Haftung beendigt, d. h. kann sich der austretende Gesellschafter durch Austritt seiner Pflichten entziehen? Die Haftung des Austretenden ist gleich geordnet wie im Recht der Kollektivgesellschaft: der Austretende bleibt noch während 5 Jahren haftbar (O. R. 591). Der Veröffentlichung des Ausscheidens eines Gesellschafters im Handelsamtsblatt, wie es das Gesetz bei der Kollektivgesellschaft vorsieht, wird bei der GmbH. das Löschen im Anteilbuch gleichgestellt.[38]) Für alle fälligen Verpflichtungen beginnt die Frist der fünfjährigen Haftung mit der Löschung im Anteilbuch, für die noch nicht fälligen mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Fälligkeit (O. R. 591 Abs. 2). Dies gilt, wenn es sich um die Abtretung an einen Mitgesellschafter oder an eine Drittperson handelt.

Anders liegen die Verhältnisse bei einem blossen Austritt, ohne dass ein neuer Gesellschafter oder ein Mitgesellschafter den betreffenden Gesellschaftsanteil übernimmt. In diesem Fall wird dem Austretenden sein Gesellschaftsanteil aus dem Gesellschaftsvermögen zurückbezahlt. Es ist offensichtlich, dass dadurch die Gläubiger in ihren Interessen geschädigt sein können, nämlich dann, wenn kein über das Stammkapital hinaus vorhandenes Vermögen zur Verfügung steht. In diesem Fall bleibt den Gläubigern nur noch ein um den betreffenden Gesellschaftsanteil vermindertes Stammkapital verhaftet. Nach O. R. 788 ist jedoch ein Austritt nur möglich unter Beobachtung der für die Herabsetzung des Stammkapitals geltenden Vorschriften. Das GmbH.-Recht verweist zu diesem Zweck auf die für die Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften.

---

[38]) Guhl GmbH. S. 39.

Sämtlichen bekannten Gläubigern ist durch eingeschriebenen Brief Mitteilung vom Austritt des Gesellschafters zu machen. Zum Schutz etwaiger unbekannter Gläubiger ist eine Publikation im Handelsamtsblatt vorgeschrieben, verbunden mit einer Aufforderung zur Anmeldung ihrer Ansprüche. Diejenigen Gläubiger, welche glauben, durch den Austritt irgendwie gefährdet zu werden, können sofortige Befriedigung verlangen, bei streitigen oder nicht fälligen Forderungen Sicherstellung. Nicht angemeldete Forderungen gehen aber der Haftung des Austretenden nicht verlustig. Auch diesen Forderungs-Gläubigern gegenüber haftet er noch 5 Jahre nach Eintragung seines Ausscheidens im Anteilbuch (O. R. 802; 591), wenn nicht die Natur der Forderung eine kürzere Verjährungsfrist vorsieht.

Aber auch O. R. 593 kommt hier zur Anwendung, der bestimmt, dass durch die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der fortbestehenden Gesellschaft oder einem andern Gesellschafter die Verjährung gegenüber dem Ausgeschiedenen nicht zu unterbrechen vermag.

Der neue Gesellschafter wird für alle schon bestehenden und alle zukünftigen Schulden haftbar. Der Zeitpunkt des Haftungsüberganges ist die Eintragung im Anteilbuch (O. R. 791), verbunden mit der Ausstellung einer öffentlichen Urkunde (O. R. 791 Abs. 3) und der Zustimmung aller übrigen Gesellschafter (O. R. 791 Abs. 2). Der Eintretende tut gut, sich genau nach seinen Pflichten zu erkundigen (Nachschusspflicht usw.), bevor er einen Gesellschaftsanteil erwirbt. Da er auch für die schon bestehenden Schulden die Haftung übernehmen muss, sollte er vor allem auch Erkundigungen über die finanzielle Lage der Gesellschafter und der Gesellschaft selbst einziehen.

Wir sehen auch in diesem Abschnitt wieder, dass das Gesetz den Gläubigern die grössten Sicherungsmassregeln bietet, indem es einerseits den Handel mit Gesellschaftsanteilen so zu erschweren sucht, dass praktisch eine Veräusserung nur in Ausnahmefällen in Frage kommt und anderseits die Haftung des aus- und eintretenden Gesellschafters stark ausdehnt.

c) *Haftung bei Kapital-Erhöhung.*

Die Haftung bei Kapital-Erhöhung zerfällt grundsätzlich in zwei verschiedene Arten:

1. Ein Gesellschafter haftet gleichzeitig mit all denjenigen Mitgesellschaftern solidarisch, die für den gleichen Kapitalbetrag im Anteilbuch eingetragen wurden. Die Haftung beschränkt sich in

diesem Fall auf denjenigen Teil, aus dem er herrührt.[39]) So sind z. B. alle Gründungsmitglieder Solidarhaftende für das bei der Gründung eingetragene Stammkapital. Eine Kapital-Erhöhung würde demnach die Bildung einer neuen Gesellschaftergruppe zur Folge haben. Die Gesellschafter dieser Gruppe würden unabhängig von den Gründungsmitgliedern unter sich Solidarhaftende, für die von ihnen übernommene Erhöhung des Stammkapitals. Nun ist es aber auch möglich, dass sich die Gründungsmitglieder bei einer Kapital-Erhöhung beteiligen können, so dass sie bei beiden Gruppen einzelnen als Solidarhaftende auftreten würden. Daraus müssten wir logisch folgern, dass diese Gesellschafter auch zwei Gesellschaftsanteile besitzen müssen, denn einem Anteil können nicht zwei verschiedene Solidarhaftungen entspringen. Aus zwei Gründen ist deshalb diese Ansicht für unser GmbH.-Recht zu verwerfen: O. R. 789 Abs. 1 bestimmt, dass jeder Gesellschafter nur einen Anteil besitzen kann. Ferner erfordert eine Kapital-Erhöhung auch eine Statutenänderung, das eingetragene Kapital wird um die Erhöhung abgeändert. Da sich die Solidarhaftung jedes Mitgliedes auf das ganze eingetragene Stammkapital erstreckt, so haftet deshalb der Neuhinzugekommene auch für das vor der Erhöhung eingetragene Kapital, das Gründungsmitglied auch für jede spätere Erhöhung.

2. Die zweite Ansicht geht also dahin, dass stets jeder Gesellschafter für den ganzen jeweiligen Umfang des Stammkapitals haftet, unbekümmert darum, ob die Haftung ursprünglich nur für einen kleinern Betrag bestund oder aus einer Kapital-Erhöhung herrührt. Diese Ansicht entspricht voll und ganz dem Grundgedanken unseres Gesetzgebers, der sich den Schutz der Gläubiger als oberstes Ziel setzte, so dass die strenge Ordnung als gewollt bezeichnet werden kann.

Wie schon erwähnt, muss eine Erhöhung des Stammkapitals auch eine Aenderung der Statuten zur Folge haben. Für gewöhnliche Statutenänderungen bedarf es einer Dreiviertel-Mehrheit, die mindestens zugleich im Besitze von Dreivierteln des Stammkapitals sein muss (O. R. 784 Abs. 1 und 2). Die Anwendung dieser Bestimmung hätte zur Folge, dass ein Gesellschafter unter Umständen auch dann für das erhöhte Stammkapital haften müsste, wenn er gegen diese Erhöhung gestimmt hat; denn eine Kapital-Erhöhung bringt für alle, auch für diejenigen, welche sich an der Erhöhung selbst nicht beteiligten, eine Ausdehnung der Haftung. Vergegenwärtigen wir uns diese Ordnung an folgendem Beispiel: Vier hand-

[39]) Hachenburg Komm. § 24 Anm. 16, Brodmann § 24 Anm. 3.

lungsfähige Personen schlossen sich zum Betrieb eines Unternehmens in einer GmbH. zusammen. Drei von diesen, welche inzwischen insolvent geworden sind und deren Beteiligung mehr als Dreiviertel des Stammkapitals ausmacht, beschliessen eine Kapitals-Erhöhung. Der übrigbleibende Gesellschafter, der noch solvent ist, wird überstimmt und muss die Erhöhung der Haftung übernehmen, trotzdem er nicht zugestimmt hat. Dass diese Ordnung nicht unbedenklich wäre, ist augenscheinlich; so wurde sie u. a. von Hachenburg [40]) aufs schärfste kritisiert. In sämtlichen Vorentwürfen war in Abs. 3 von O. R. 784 nur von einer «Vermehrung der Leistungen» die Rede, welche die Zustimmung aller Gesellschafter erforderte. Unter dieser Vermehrung versteht man aber nur besondere Leistungen gegenüber der Gesellschaft wie die Nebenleistungen. [41]) Auf die Kritik Hachenburgs hin wurde O. R. 784 Abs. 3 in der Redaktionskommission nochmals durchberaten, da diese Kritik als vollauf gerechtfertigt betrachtet wurde und Abs. 3 durch die Worte «oder eine Ausdehnung der Haftung der Gesellschafter» ergänzt. [42]) Damit hat dieses Problem seine Lösung gefunden: eine Erhöhung des Stammkapitals und damit verbunden die Ausdehnung der Haftung kann nur mit Zustimmung aller Gesellschafter beschlossen werden. [43]) Die Bestimmung, dass einem Mitglied gegen seine Stimme eine Erhöhung der Haftung aufgebürdet werden könnte, fällt damit dahin.

---

[40]) Hachenburg ZHB. 1926 S. 19.
[41]) § 4 der Arbeit, Hachenburg ZHR. 1926 S. 19.
[42]) Protokoll S. 944 f.
[43]) Müller S. 57, Braun S. 98/99.

§ 4. ANDERWEITIGE VERPFLICHTUNGEN.

Neben der Pflicht zur Leistung der Stammeinlage und etwaiger Nachschüsse können die Mitglieder einer GmbH. «zu weitern Leistungen über die Stammeinlage hinaus» angehalten werden (O. R. 777 Zif. 2). Dies ist die einzige Umschreibung der sogenannten «Nebenleistungen»[1]) die wir in unserem Gesetz finden. Erforderlich ist nur, dass diese in den Statuten aufgeführt werden, wobei aber letztere auch auf ein Reglement verweisen können. In diesen Nebenleistungen wird bei vielen Gesellschaften das «grosse Geheimnis» liegen, das der Konkurrenz verschwiegen bleiben soll. Der Gesetzgeber kommt also auch den Mitgliedern einer GmbH. weitgehend entgegen. Die Umschreibung der Nebenleistungen überlässt er ganz den Gesellschaftern. Ferner können die Nebenleistungen gesondert in einem Reglement aufgeführt werden, das weder publiziert, noch dem Handelsregister eingereicht werden muss. Durch diese weitgehende Freiheit bleiben aber auch eine Menge Fragen ungelöst.[2])

Von grundlegender Bedeutung ist die Frage der juristischen Konstruktion der Nebenleistungspflicht. Soll sie als Sondervertrag des Gesellschafters mit seiner Geseilschaft oder als mitgliedschaftliches Verhältnis aufgefasst werden? Diese Frage erhält ihre grosse praktische Bedeutung vor allem im Gesellschaftskonkurs. Betrachtet man das aus den Nebenleistungspflichten entstandene Rechtsverhältnis als vertragliches, so müssten die Gesellschafter im Konkurs als Gläubiger angesehen und mit den übrigen Gläubigern kolloziert werden. Gelangt jedoch durch die Nebenleistungspflicht bloss ein mitgliedschaftliches Rechtsverhältnis zur Entstehung, so werden die Gesellschafter für ihre Ansprüche aus Nebenleistungen nicht Gläubiger, sondern erhalten lediglich einen eventuellen Liquidationsanteil.

Der ersten Ansicht folgt Hachenburg, indem er die Nebenleistungspflicht grundsätzlich als Sondervertrag, modifiziert durch das Gesellschaftsrecht, betrachtet.[3]) Da jedoch aus der Uebernahme der besondern Leistungspflicht kein vom Gesellschaftskapital getrenn-

[1]) Nach Feine wird für diese Leistungen am besten der oben erwähnte Ausdruck verwendet und nicht Sonderleistungen oder -pflichten. Letztere stehen im Gegensatz zu den Sonderrechten. Feine S. 120 und 273.

[2]) Molitor S. 64, Hachenburg ZHR. S. 62.

[3]) Hachenburg Komm. § 3 Anm. 32, 33.

tes Rechtsverhältnis entsteht, ist nach Hachenburg bei Gegensätzen dem Gesellschaftsrecht grundsätzlich der Vorzug zu geben.[4]) Die Auffassung vom «Sondervertrag» führt folgerichtig zum Schluss, dass der Gesellschafter für seinen Anspruch aus Nebenleistungen Gläubiger geworden ist und als solcher berechtigt, seine Forderung wie alle übrigen Gläubiger im Gesellschaftskonkurs anzumelden.[5]) Hachenburg begründet seine Auffassung u. a. auch damit, dass die Nichtanerkennung dieser Gläubigerstellung die Nebenleistungen der Gesellschafter kraft besonderer Verpflichtung zu Stammeinlagen gemacht würden; denn diese dienen zur Befriedigung der Gläubiger.

Auch das liechtensteinische Recht wird der Auffassung vom Bestehen eines «Sondervertrages» gefolgt sein; denn es erklärt ausdrücklich, dass die Gesellschafter für ihre Ansprüche aus Nebenleistungen «bei Zwangsvollstreckung und Konkurs» als Gläubiger zu betrachten sind.

Unseres Erachtens ist der zweiten Auffassung, wonach durch die Nebenleistungspflicht ein mitgliedschaftliches Rechtsverhältnis entsteht, der Vorzug zu geben. Im schweizerischen GmbH.-Recht handelt es sich stets um reine statutarische Pflichten der Gesellschafter, selbst dann, wenn die Statuten auf ein Reglement verweisen. Trotzdem sind auslegungsbedürftige, statutarische Bestimmungen Nebenleistungspflichten betreffend nach den Grundsätzen der Vertragslehre zu interpretieren, sofern diese nicht im Widerspruch zu denen des Gesellschaftsrechtes stehen. Aus dieser subsidiären Anwendung von Vertragsrecht darf nicht etwa gefolgert werden, dass Gläubigerrechte entstanden seien! Denn die Berechtigung des Gesellschafters aus seiner Nebenleistung ergibt sich aus den Statuten und nicht aus Vertrag! Darin liegt der Unterschied zwischen den statutarischen Nebenverpflichtungen der GmbH. und den auf Vereinbarung beruhenden bei der Aktiengesellschaft. Bei letzteren entstehen ohne weiteres Gläubigerrechte; die Aktionäre werden wie Dritte behandelt. Bei der GmbH. ist die Bindung des Gesellschafters zur Gesellschaft aus solchen Nebenverpflichtungen viel stärker, weil sie eben gesellschaftsrechtlicher Natur sind. Dieser Unterschied wird sich u. a. beim Verzug des Gesellschafters zeigen. Aber auch unter dem Gesichtspunkte eines vermehrten Gläubigerschutzes ist die Statuierung eines Gläubigerrechtes bei der GmbH. zu verwerfen.

Aus diesen Gründen müssen wir schliessen, dass *für alle statutarischen Nebenverpflichtungen kein Gläubigerrecht auf Gegenlei-*

[4]) Hachenburg ZHR. S. 62.
[5]) Hachenburg a. a. O., übereinstimmend Staub Komm. § 216 Anm. 6.

stung entsteht, sondern bloss eine gesellschaftsrechtliche Berechtigung.

Durch die Zulassung der Nebenleistungspflicht unterscheidet sich die GmbH. deutlich von der Aktiengesellschaft, wo jegliche Nebenleistungen von Gesetzes wegen ungültig sind (O. R. 680 Abs. 1). Diese Nebenleistungen erlauben den Mitgliedern ihre GmbH. ganz individualistisch auszugestalten, was z. B. für Kartelle von ausschlaggebender Wichtigkeit ist. So stellt heute die GmbH. die am besten geeignete Gesellschaftsform für Kartelle, Syndikate usw. dar, weil eben die Gesellschafter durch die Nebenleistungen ihre Gesellschaft ganz nach Gutdünken ausgestalten können.

Von diesen Verpflichtungen gesellschaftlicher Natur sind wie erwähnt die auf einer Vereinbarung mit einem Mitglied beruhenden scharf zu unterscheiden. Während die ersten mitgliedschaftliche Pflichten statuieren, also auf Gesellschaftsstatut beruhen, sind die andern vertraglicher Natur, können also auch bei der Aktiengesellschaft auftreten. Dieser Unterschied macht sich u. a. auch bei der Abtretung eines Gesellschaftsanteils bemerkbar. Während die Nebenleistungen ipso iure mit dem Anteil auf den Nachfolger übergehen, trifft das bei den andern nicht zu, da sie ein vom Gesellschaftsanteil unabhängiges Schuldverhältnis darstellen.

Normalerweise treffen diese Verpflichtungen alle Gesellschafter in gleicher Weise. Sie können Geld-, Sach-, Arbeits- oder Unterlassungspflichten sein. Nebenleistungen können also selbst in Geld bestehen, was z. B. das alte österreichische Gesetz ausdrücklich verboten hatte. Pflichten, welche die Gesellschafter in gleicher Weise treffen, sind z. B. die Abgabe des gleichen landwirtschaftlichen Produktes[6]) (liefern von Zuckerrüben zur Zuckerfabrikation, Aepfel zur Süssmostverarbeitung usw.), Lieferung von Rohstoffen, Ablieferung einer kontingentierten Ware zum Weiterverkauf. Die Nebenleistung kann aber auch bloss im Ersatz der Spesen der GmbH. bestehen. Dies ist dann der Fall, wenn die Gesellschaft nur Organ der sich Zusammenschliessenden ist. Neben gleichartigen Leistungen können sie die Mitglieder auch verschieden treffen. So kann einer seine ganze Arbeitskraft als Ingenieur oder als Kaufmann zur Verfügung stellen, während die andern für das nötige Kapital sorgen; ein Erfinder kann beispielsweise auch verpflichtet werden, sämtliche Erfindungen der Gesellschaft zur Auswertung abzuliefern, oder einigen Mitgliedern kann ein Konkurrenzverbot auferlegt werden usw. Immer handelt es sich bei solchen Nebenleistungen um echte gesellschaftliche Verpflichtungen. Durch die Möglichkeit der

[6]) Hachenburg ZSR. n. F. 1936 S. 37, Feine S. 123.

Einführung der verschiedensten Nebenleistungspflichten wird eine grosse Anpassung der GmbH. an grundverschiedene Bedürfnisse gewährleistet: Geschmeidigkeit und deshalb vielseitige Verwendbarkeit.

Die grosse Freiheit in der Ausgestaltung der Nebenleistungen darf nicht missbraucht werden. So wird es kaum zulässig sein, die Gesellschafter zur Deckung sämtlicher entstehenden Unterbilanzen zu verpflichten, ohne einen Maximalbetrag anzugeben, d. h. sie zu unbegrenztem «Geldeinwerfen» zu verpflichten, was bei der Nachschusspflicht von Gesetzes wegen die Nichtigkeit zur Folge hat.

In den meisten Fällen werden den Nebenverpflichtungen Leistungen der GmbH. gegenüberstehen, selten werden sie einseitiger Natur sein. Die Gegenleistungen werden meistens in Geld bestehen, so bei Warenlieferungen, Arbeitsleistungen, bei Ueberlassung von Grundstücken oder Arbeitsräumen, Benützung von Patenten und Erfindungen usw. Unser Gesetz enthält keinen Maßstab, wie solche Entschädigungen berechnet werden sollen, d. h. keine Vorschrift, wonach die Vergütung den Wert der Leistung nicht übersteigen darf. Allgemein können wir sagen, dass durch Ausbezahlung der Vergütungen an die Gesellschafter das Stammkapital nicht angegriffen werden darf. Eine Minderung des Stammkapitals tritt dann nicht ein, wenn die Vergütung den Wert der Leistung nicht übersteigt; in diesem Fall wird auch das Prinzip von der Erhaltung des Stammkapitals nicht verletzt. *Die den Leistungswert übersteigenden Gegenleistungen müssen als ungerechtfertigte Bezüge angesprochen werden.*[7])

Eine weitere nicht leicht zu lösende Frage stellt sich für den Fall, dass ein Gesellschafter mit seiner Leistungspflicht im Rückstand ist. Diese Frage gewinnt an Wichtigkeit, je individualistischer die GmbH. ausgestaltet ist, d. h. wo der Erfolg der Gesellschaft von der Mitwirkung aller Mitglieder abhängig ist. Es ist anzunehmen, dass solche Gesellschaften eine Konventionalstrafe als Sicherung der Nebenleistungspflichten in die Statuten bzw. in ihr Reglement aufnehmen werden. Subsidiär kommt auch hier Vertragsrecht zur Anwendung. Damit ist aber der Gesellschaft nicht immer gedient; eine Kaduzierung jedoch ist ausgeschlossen. Der GmbH. bleibt einzig O. R. 822 Abs. 3, sie kann beim Richter die Ausschliessung des ungetreuen Gesellschafters aus wichtigem Grunde verlangen. Würden wir für die Gegenforderung des Gesellschafters ein Gläubigerrecht annehmen, so stünde logischerweise der Gesellschaft dieses Rechtsmittel nicht zur Verfügung. Mit einer

[7]) Vgl. im deutschen Recht: Hachenburg Komm. § 3 Anm. 27.

solchen Ausschliessung darf natürlich nicht ohne weiteres die Rückzahlung der Stammeinlage verbunden werden; auch hier müssen die Schutzmassnahmen, die bei Herabsetzung des Stammkapitals [9]) aufgestellt wurden, strikte beobachtet werden. Kann die Stammeinlage des Auszuschliessenden aus dem Reingewinn oder den Reserven zurückbezahlt werden, so wird man von einer Herabsetzung Abstand nehmen. [10]) Der Auszuschliessende hat Anspruch auf den Wert, den die Stammeinlage im Zeitpunkt der Ausschliessung aufweist. Ist die Stammeinlage nicht mehr in vollem Umfange vorhanden, so hat der Gesellschafter auch kein Recht auf Vergütung in der Höhe des Nennwertes.

Gelingt der Gesellschaft eine solche richterliche Ausschliessung nicht, so bleibt ihr einzig die Auflösung der Gesellschaft selbst zu beschliessen oder aber den ungetreuen Gesellschafter weiter in ihrer Mitte zu dulden.

Es scheint, dass diese richterliche Ausschliessung etwas schwerfällig ist. Die GmbH., insbesondere als Kartell, verlangt eine rasche Entschliessung und Handhabung gegenüber einem vertragsuntreuen Mitglied. Der Gesellschaft soll die Möglichkeit geboten werden, ein solches auszuschliessen, denn unbedingte Disziplin aller Mitglieder und Erfüllung der Kartellpflichten sind Vorbedingungen für die Existenz und das Gedeihen des Kartells. Das Nichteinhalten der statutarischen Bestimmungen muss geahndet werden können. So finden sich in den Statuten genau umschriebene Ausschliessungsgründe. Ein Beispiel aus der Praxis soll dies veranschaulichen: [11]) «Durch Verfügung des Vorstandes kann aus dem Kartell ausgeschlossen werden: 1. Wer den in § 26 a geordneten Verpflichtungen (Kartellpflichten) nicht nachkommt; 2. Wer die ihm obliegenden Geldbeiträge trotz zweimaliger Aufforderung nicht leistet; 3. Wer die ihm auferlegten Konventionalstrafen nicht bezahlt; 4. Wer wiederholt den Vereinssatzungen und Vereinsbeschliessungen zuwiderhandelt.»

Anhang: Da die Kartellpflichten in Form von Nebenleistungen zu Verbindlichkeit gelangen, ist es angezeigt, an dieser Stelle kurz noch einige Worte hierüber auszusagen. Die Kartellmitglieder verpflichten sich, die ihnen auferlegten Vorschriften, welche aus dem Zweck des Kartells — durch gemeinsame Regelung einer bestimmten Geschäftstätigkeit alle hindernden und nachteiligen Konkurrenzkämpfe zu beseitigen — hervorgehen, genau zu befolgen. [12])

[9]) O. R. 822 Abs. 3, 788.
[10]) So auch Botschaft S. 79.
[11]) Blum S. 23.
[12]) Feine S. 122 f.

Schon daraus folgt, dass das Kartell gewisse Erfordernisse an ihre Rechtsform stellt, um ihren Bestimmungen einen gewissen Rückgrat zu geben. Das Kartell muss als erstes verlangen können, dass seinen Mitgliedern gewisse Verpflichtungen auferlegt werden können, die nicht nur in finanziellen Beiträgen, sondern Gegenstand irgend eines Schuldverhältnisses, sei es ein Tun, Geben, Dulden oder Unterlassen, sein können. Diesem wichtigsten Erfordernis ist in dem schon zitierten Art. O. R. 777 Zif. 2 Genüge geleistet, der bestimmt, dass «die Gesellschafter zu weitern Leistungen als zur Stammeinlage nur verpflichtet sind, als sich diese aus den Statuten ergeben, wobei für die nähere Umschreibung dieser Leistungen auf ein Reglement verwiesen werden kann». Damit ist jedem Kartell die Möglichkeit geboten, diese Nebenverpflichtungen [13]) gesellschaftsrechtlicher Natur in seine Statuten aufzunehmen. Der Umstand, dass diese Verpflichtungen gesellschaftsrechtlicher Natur sind, ist beim Kartell von besonderer Wichtigkeit; denn dadurch unterstehen sie den Mehrheitsbeschlüssen der Mitgliederversammlung. Dies wäre nicht der Fall, wenn sie rein obligatorischer Natur wären und durch «Sonderverträge» abgeschlossen würden. Jedes Mitglied als Träger seines eigenen Willens könnte dadurch wichtige Beschlüsse und Aenderungen, die für das Kartell von Lebenswichtigkeit sind, durch sein Veto verhindern. Weil die Bestimmungen gesellschaftsrechtlicher Natur sind, kann sich die Kartell-GmbH. gewissen gesetzlichen Vorschriften, wie Aufnahme in die Statuten oder Verweisung auf ein Reglement usw. nicht entziehen; ihre Erfüllung steht unter den erhöhten Sanktionen, welche für die Erfüllung der Gesellschaftspflichten vorgesehen sind. [14])

Als zweites Erfordernis muss das Kartell verlangen können, dass es seine Mitglieder straff an sich binden kann, d. h. Austritte auf ein Minimum einzuschränken oder sogar ganz auszuschliessen. Diesem Erfordernis genügt O. R. 822 Abs. 1, welcher bestimmt, dass «die Statuten das Austrittsrecht von bestimmten Bedingungen abhängig machen können». Es wird kaum ein Kartell geben, das keine Aussenseiter hat. Aufgabe ist nun, nicht nur die Aussenseiter in Schach zu halten, sondern deren Zuwachs aus Austritten aus dem Kartell zu verhindern. Sind ihm dazu die Mittel nicht gegeben, so kann ein einziger Austritt das Kartell ins Wanken bringen, eventuell sogar zur Liquidation zwingen. Die Mitglieder sollen durch

---

[13]) Dabei können diese sog. «Nebenverpflichtungen» zur Hauptverpflichtung werden, was das Gesetz nicht verbietet, wenn nur den gesetzlichen Minimalerfordernissen Genüge geleistet ist. Die eigentliche Hauptleistung wird dann für die Gesellschafter zu einer «Nebenleistung».

[14]) Fischer S. 376 ff.

die Kartellpflichten zusammengehalten werden, sollte das für sie auch ein Opfer bedeuten. Durch die Austrittserschwerung soll ebenfalls vermieden werden, dass sich ein Gesellschafter durch den Austritt einen momentanen Vorteil zu verschaffen sucht. [15])

Umgekehrt muss dem Kartell das Recht zustehen, ungetreue Mitglieder, die ihren Pflichten nicht nachkommen, auszuschliessen. Für dieses dritte Erfordernis verweisen wir auf das in § 4 schon Gesagte.

Als viertes und letztes Erfordernis muss das Kartell von seiner Gesellschaftsform verlangen, dass es möglichst alle Interessenten aufnehmen kann, d. h. das Gesetz sollte für die betreffende Gesellschaftsform keine Begrenzung der Mitgliederzahl aufstellen. Dies trifft im GmbH.-Gesetz zu, während z. B. VE II die Mitgliederzahl beschränkte. [16])

In diesen vier Punkten scheint also die GmbH. den Erfordernissen, die das Kartell an seine Rechtsform knüpft, Genüge zu leisten. Die GmbH. scheint daher als Gesellschaftsform des Kartells geeignet zu sein. Einzig die verhältnismässig hohe Minimalstammeinlage jedes Mitgliedes von Fr. 1000.— könnte ein Kartell mit einer grossen Mitgliederzahl von der Wahl der GmbH. als Gesellschaftsform abhalten; denn wir müssen uns bewusst sein, dass die Hauptleistung der Kartellmitglieder meistens in den sogenannten «Nebenverpflichtungen» liegt und die eigentliche Hauptleistung nur wegen der zwingenden Gesetzesvorschriften in die Statuten aufgenommen wird. Dieser Nachteil wird jedoch zum Teil aufgehoben, indem das Kartell die Möglichkeit hat, von seinen Mitgliedern nur 50 % der Minimalstammeinlage einzufordern. So werden wir bei den meisten Kartellen nur die Einzahlung dieser Minimalleistung antreffen.

Bei diesem kurzen Abriss über die Kartellpflichten erheben wir keinen Anspruch auf Vollständigkeit; Zweck der Ausführung ist einzig folgender: sie soll uns zeigen, dass die GmbH. den Haupt-

---

[15]) Vgl. dazu Corradini S. 85, der das von Egger im Protokoll angeführte Gegenteil bestreitet. Egger führte aus: «Die Möglichkeit des Austrittes aus individuellen Gründen sollte auch beim Kartell vorhanden sein. Dies jedenfalls bei uns in der Schweiz; denn wir sind eben individualistisch veranlagt». Zudem führt Corradini sehr richtig aus, dass er dem nicht zustimmen könne, weil die Natur des Kartells in der wirtschaftlichen Eigenart des Gebildes selbst gegründet liege. So hat u. a. auch das deutsche Kartellgericht entschieden, dass eine nur vorübergehende wirtschaftliche Bedrängnis kein Recht zur Kündigung verleihen könne (Ed. 16 vom 4. April 1924).

[16]) Vgl. Vorentwurf II in Artikel 786, der die Mitgliederzahl auf dreissig beschränkte.

erfordernissen, die das Kartell an seine Rechtsform stellt, in der Schweiz vorläufig genügt und das Bedürfnis nach einer speziellen Rechtsform kaum vorhanden ist. Es ist nicht unsere Aufgabe, näher darauf einzutreten. Obenerwähnte Ausführungen sollen diese Behauptung bestätigen. Wir sind uns bewusst, dass den Vorteilen auch einige Nachteile (z. B. die strenge Haftung) gegenüberstehen; durch Umformung und Abänderung können sicher noch einzelne Mängel und Lücken, welche die Praxis ergeben wird, abgeschwächt oder sogar zum Verschwinden gebracht werden. Die Frage, wie weit sich die Kartelle der Gesellschaftsform der GmbH. bedienen werden, können wir heute noch nicht beantworten.

Im engsten Zusammenhang mit den Kartellpflichten stehen die in der Praxis auftretenden Arten von Kartellen.[17]) Das in der Schweiz am häufigsten auftretende Kartell ist das Preiskartell, welches für seine Mitglieder einheitliche Minimalpreise aufstellt. Die Verkaufskartelle organisieren durch eine zentrale Verkaufsstelle den Verkauf der Waren, welche durch die Gesellschafter abgeliefert werden, da letztere auf einen selbständigen Verkauf verzichten. Mit der Verpflichtung der Abnahme der Ware erhält das Kartell das Recht, die Produktionsmenge jedes einzelnen genau zu bestimmen, die sich nach der Leistungsfähigkeit abstufen wird. Die Verpflichtung der Mitglieder, einheitliche Verkaufsbedingungen aufzustellen, finden wir bei den Konditionenkartellen. Die Rayonskartelle weisen jedem Mitglied ein bestimmtes Absatzgebiet zu oder jedem seine bestimmten Kunden (z. B. Kundenvertrag der schweizerischen Brauereien). Daneben finden wir noch die gewinnkontingentierenden Kartelle, die Reduktions- oder Produktionskartelle usw.

---

[17]) Corradini S. 82 und die dort angeführte Literatur.

II. Die Rechte der Mitglieder.

Die Rechte der Mitglieder lassen sich gleich wie die Pflichten in gesetzliche und statutarische teilen. Zweckmässiger ist hier jedoch die Einteilung der Mitgliederrechte in solche vermögensrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Art. Sie unterscheiden sich der Art nach nicht von den Rechten der Mitglieder anderer Privatkorporationen, insbesondere nicht von denjenigen der Aktiengesellschaft einerseits und der Kollektivgesellschaft anderseits.

Wie bei den Pflichten werden wir hier erneut sehen, dass die GmbH. ein Mittelding zwischen Aktiengesellschaft und Kollektivgesellschaft ist.

A. Vermögensrechtliche Seite.

§ 5. DAS RECHT AUF GEWINNANTEIL.

O. R. 804 bestimmt, dass «die Gesellschafter im Verhältnis der auf ihre Anteile einbezahlten Beträge Anspruch auf den nach der Jahresbilanz sich ergebenden Reingewinn haben, unter Vorbehalt anderer statutarischer Anordnungen».

Eine ähnliche Ordnung trifft das Aktienrecht. Zur Aufstellung der Bilanz verweist uns das GmbH.-Recht auf das der Aktiengesellschaft (O. R. 805, 662—674). Dieser Hinweis auf das Recht der Aktiengesellschaft betrifft vor allem die technische Seite der Bilanzierung; es kommen die gleichen Grundsätze zur Anwendung.

Ist nun das Recht auf Gewinnanteil wie bei der Aktiengesellschaft (O. R. 646) ein wohlerworbenes Recht?[1]) Im Aktienrecht besteht ein Anspruch auf den verhältnismässigen Anteil am Reingewinn nur soweit, als er nach Gesetz und Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist (O. R. 660 Abs. 1). Das Recht auf Gewinnanteil ist nach O. R. 646 dann ein wohlerworbenes Recht, wenn es nach Vorschriften des Gesetzes oder der Statuten von den Beschlüssen der Generalversammlung oder der Verwaltung unabhängig und deshalb nicht gegen den Willen des Aktionärs entziehbar ist. Im GmbH.-Recht fehlt eine solche Umschreibung. Sicher ist, dass das Recht auf Dividende wie im Recht der Aktiengesellschaft ein Doppelrecht darstellt: einerseits auf Festsetzung der

[1]) Guhl S. 42; als wohlerworbenes Recht sei im folgenden immer der Begriff, wie ihn O. R. 646 umschreibt, verstanden.

Dividende, das Dividendenfestsetzungsrecht und anderseits auf Bezug der Dividende, das Dividendenbezugsrecht.

Falls die Statuten keine Bestimmungen über die Gewinnverteilung enthalten, kommen die gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung, wonach jedes Mitglied Anspruch auf den nach der Jahresbilanz sich ergebenden Reingewinn hat. O. R. 804 sieht bei Schweigen der Statuten eine Gewinnverteilung nach Massgabe des einbezahlten Stammkapitals vor. Die Anwendung eines andern Berechnungsmodus (z. B. auf Grund des Nennbetrages) könnte bei der GmbH. Ungerechtigkeiten zur Folge haben, da die Leistungen auf die Stammeinlage ungleich erfolgen können. Der Gesetzgeber sieht also eine kapitalistische Gewinnverteilung vor, ähnlich wie im Recht der Aktiengesellschaft. Dem Wortlaut von O. R. 804 Abs. 1 in Verbindung mit O. R. 777 Zif. 8 ist ferner zu entnehmen, dass die Statuten eine andere als die gesetzliche Gewinnverteilung enthalten können, der Anspruch auf Gewinn den Gesellschaftern jedoch nicht entzogen werden kann. Das führt uns zum Schluss, *dass auch bei der GmbH. das Recht auf einen Gewinnanteil wohlerworben ist.*

Der Anspruch auf eine Gewinnquote entsteht mit Abschluss der Jahresbilanz, bzw. mit dem die zu verteilende Dividende festsetzenden Gesellschafterbeschluss. Der Gesellschafter erwirbt jedoch im Gegensatz zum Aktionär kein Gläubigerrecht gegenüber der Gesellschaft, da ihm nach Festsetzung der Dividende bei Eintreten einer Unterbilanz der Anspruch wieder entzogen werden kann;[2]) denn die Unterbilanz hätte zur Folge, dass die beschlossene Dividende aus dem Stammkapital bezahlt werden müsste. Die Bezahlung einer solchen Dividende müsste in diesem Moment als ungerechtfertigt angesehen werden. Die Gesellschafter müssten für den Ausfall am Stammkapital haften, d. h. die bezogene Dividende wieder zurückerstatten. Es zeigt sich demnach, dass das Recht der Gläubiger auf Erhaltung des Stammkapitals stärker ist als das Recht der Mitglieder auf Gewinn. Die Mitglieder einer GmbH. haben somit nur ein «eingeschränktes Gläubigerrecht». Der Fall einer solchen Rückzahlung der Dividende wird sicher äusserst selten sein.

Dieser gesetzliche Verteilungsmodus hat nur subsidiären Charakter, d. h. treffen die Statuten eine Anordnung, so fällt die gesetzliche Verteilung dahin.[3]) So können u. a. die Gesellschafter ungleich am Gewinn beteiligt sein. Das scheint vor allem dann gerechtfertigt zu sein, wenn einer unverhältnismässig mehr zum Gedeihen der Gesellschaft beiträgt als die andern. Wir denken hier an den Fall, wo nur einer seine Arbeitskraft voll und ganz der Gesell-

[2]) Vgl. S. 43 ff. dieser Arbeit und Feine S. 362.
[3]) Haab S. 314.

schaft zur Verfügung stellt, während die andern nur mit Kapital beteiligt sind. Eine ungleiche Gewinnverteilung ist hier gerechtfertigt, da ein Reingewinn vor allem von der Leistung des betreffenden Gesellschafters abhängt und bedeutet gleichzeitig einen Ansporn zu noch vermehrter Arbeitsleistung! Eine Gewinnverteilung kann statutarisch auch auf Grund der «Nebenleistungen» vorgesehen werden, dies insbesondere bei Kartellen.

Die Frage, ob es sich auch bei einer statutarischen Gewinnverteilung um ein wohlerworbenes Recht der Mitglieder handelt, ist zu bejahen; denn auch die Statuten einer Aktiengesellschaft können eine solche Verteilung vornehmen (O. R. 661). Somit können wir sagen, dass das Recht auf Gewinn auch auf Grund der ursprünglichen Statuten ein wohlerworbenes Recht ist und dem Berechtigten gegen seine Stimme weder abgeändert noch entzogen werden kann.

Eine Ordnung der Gewinnverteilung kann auch später noch in die Statuten aufgenommen werden. Wird die Verteilung aber ungleich vorgenommen, so bedarf es der Zustimmung aller derjenigen, die in ihrem Rechte zurückgesetzt werden. [4])

Die Ausschüttung einer Dividende ist an gesetzliche und statutarische Voraussetzungen geknüpft. Gesetzliche Voraussetzung ist in erster Linie, dass die Jahresbilanz einen Reingewinn ergibt. Bis dahin besteht das Dividendenbezugsrecht als bedingt; es ist anzunehmen, dass der Anspruch auf künftige Dividende gleichwohl schon abgetreten werden kann. [5]) Für die Aufstellung der Jahresbilanz verweist O. R. 805 auf die für die Aktiengesellschaft geltenden Bestimmungen über Bilanz und Reservefonds. Ferner ist zu beachten, dass ein Jahresgewinn erst ausbezahlt werden darf, wenn alle Unterbilanzen früherer Jahre gedeckt sind. Die aufgestellte Bilanz darf aber auch nicht statutarische Vorschriften verletzen. [6]) Durch die Verletzung einer statutarischen Bestimmung wird der Gewinnverteilungsbeschluss nichtig, und der daraus hervorgehende Gewinnanspruch kommt nicht zustande. Damit die Verletzungen nichtig erklärt werden können, müssen sie besonders schwerwiegender Natur sein, sonst entsteht bloss eine Anfechtungsmöglichkeit. [7]) Bei Wertschätzungen von Patenten, Erfindungen usw. wird weder eine Nichtigkeit noch eine Anfechtung erfolgen können, soweit die Differenzen bloss in der Verschiedenheit der Auffassung über die Wertbemessung bestehen.

---

[4]) Feine S. 361.

[5]) RGE. 98, 318.

[6]) Hachenburg § 29 Anm. 2; Brodmann § 29 Anm. 4.

[7]) Näheres vgl. in § 11.

Eine Garantieleistung für die jährliche Dividende ist zulässig; Garant darf jedoch nicht die Gesellschaft selbst sein. Denn die GmbH. könnte die Leistung bei einem Gewinnausfall höchstens durch Zahlungen vom Stammkapital begleichen. Als Garanten kommen entweder Geschäftsführer, Dritte, einer oder mehrere Gesellschafter in Frage. Die Garantieleistung kann keine Bürgschaft sein; denn die Bürgschaft setzt eine bestehende Schuld voraus. Vielmehr stellt sie einen Garantievertrag nach O. R. 112 dar mit dem Inhalt, der Gesellschaft denjenigen Betrag zur Verfügung zu stellen, den sie für die zugesicherte Dividende benötigt. Die Garantie muss also als Rechtsakt gegenüber der Gesellschaft angesehen werden. Ist nun durch die Garanten neben der Dividendenzahlung auch eine etwaige Unterbilanz zu decken? Allgemein kann keine Lösung gegeben werden; in erster Linie wird der Wortlaut des Garantievertrages auszulegen sein. Obschon ein solches Garantieversprechen nichts anderes als eine Garantierung der Rentabilität der Gesellschaft bedeutet, darf nicht ohne weiteres auch eine Deckung der Unterbilanz in die Garantie eingeschlossen werden. Der Garantievertrag wird also im Zweifel nur den Betrag der versprochenen Dividende betreffen. Die Garantie kann zeitlich beschränkt oder unbeschränkt sein, endigt aber auf jeden Fall mit der Auflösung der Gesellschaft.

O. R. 804 Abs. 2 enthält die zwingende Norm, dass auf das Stammkapital keine Zinse bezahlt werden dürfen; eine Ausnahme bilden die Bauzinse. Das Verbot der Zinszahlung erklärt sich aus dem schon oft genannten Prinzip der Erhaltung des Stammkapitals; denn mangels eines gesetzlichen Zinsverbotes könnte der Fall eintreten, dass bei einer Unterbilanz die Zinse aus dem Stammkapital bezahlt werden müssten! Aus der zwingenden Natur des Zinsverbotes ergibt sich, dass es weder durch Aufnahme in die Statuten noch durch Gesellschafterbeschlüsse umgangen werden darf; solche Bestimmungen sind als nichtig anzusehen. Wird das Wort «Zinse» in den Statuten verwendet, so ist stets darauf zu achten, ob es auch wirklich Zinse im Rechtssinn sind. Die statutarische Bestimmung, dass «Zinse auf das Stammkapital bezahlt werden, wenn das betreffende Geschäftsjahr mit Gewinn abschliesst», ist gültig; denn es handelt sich hier nicht um Zinse im Rechtssinn, sondern bloss um eine Angabe der Gewinnverteilung. Immerhin sollten solche irreführenden Bestimmungen in den Statuten nach Möglichkeit vermieden werden.

Nach den Vorentwürfen war auch die Auszahlung von Bauzinsen verboten. Das Verbot wurde dann durch die Redaktionskommission

aufgehoben,[8]) so dass Bauzinsen nach den für das Aktienrecht bestehenden Bestimmungen gestattet sind. Das Verbot wurde aus der Ueberlegung, dass viele Gesellschafter durch den zu erwartenden Gewinn an der Beteiligung zum Teil ihren Lebensunterhalt bestreiten, aufgehoben; da eine Gewinnauszahlung in den ersten Jahren als ausgeschlossen gilt, werden den Gesellschaftern statutarisch Bauzinse zugesichert.

Die Auszahlung von Bauzinsen kann jedoch in dem Moment zu Schwierigkeiten führen, wo die Gesellschaft mit einer Unterbilanz abschliesst. Dürfen jetzt noch Bauzinse ausbezahlt werden? Wir müssen uns bewusst sein, dass durch Bezahlung von Bauzinsen das Prinzip von der Erhaltung des Stammkapitals jedesmal dann verletzt wird, wenn die GmbH. mit einer Unterbilanz abschliesst und Bauzinse aus dem Stammkapital beglichen werden müssten. Die Auszahlung von Bauzinsen wurde für den Fall einer längern Bauperiode vorgesehen, während der die Gesellschaft ohne Gewinn abschliessen wird. Der Gesetzgeber musste sich demnach bewusst sein, dass diese Gesellschaften meistens sogar mit einem Verlust abschliessen werden. Mit der Gestattung von Bauzinsen schuf er daher eine Spezialnorm, die für jeden Fall Geltung haben soll. Aus diesem Grund ist auch weder dem Recht der Aktiengesellschaft noch dem der GmbH. irgend eine einschränkende Bestimmung zu entnehmen. Auf Grund des Gesagten müssen wir deshalb annehmen, *dass das Recht auf Bauzinse das stärkere sei*, folglich dem Prinzip von der Erhaltung des Stammkapitals vorgeht. Damit wird in das oberste Prinzip der GmbH. eine Bresche geschlagen. Da sich das Recht auf Bauzinse als das stärkere erweist, müssen wir weiter schliessen, dass die Gesellschafter für einen aus diesem Grund entstandenen Ausfall am Stammkapital nicht haften, ansonst unsere Folgerung sinnlos wäre.

[8]) Protokoll S. 524.

§ 6. DAS RECHT AUF LIQUIDATIONSANTEIL.

O. R. 820 normiert die Auflösungsgründe. Zur Erklärung dieses Artikels möchten wir nur kurz folgendes beifügen: zu Abs. 1: Ein Auflösungsgrund, welcher stets in den Statuten angegeben sein muss, ist die Auflösung durch Zeitablauf. Zu Abs. 3: Hier wird die Auflösung durch die Eröffnung des Konkurses angeführt. Als Konkursgrund genügt schon die Ueberschuldung, die dann vorhanden ist, wenn die Passiven der Gesellschaft durch die Aktiven nicht mehr gedeckt sind. Den Gläubigern haften sämtliche im Eigentum der Gesellschaft stehenden Vermögensstücke und nicht nur das Stammkapital. Zu Abs. 4: Das schweizerische O. R. lässt die richterliche Auflösung aus wichtigem Grunde zu. Dieser wichtige Grund braucht nicht in den Verhältnissen der Gesellschaft selbst zu liegen, sondern kann sich auch gegen die Person eines Mitgliedes richten. [1])

Bevor wir auf das Recht am Liquidationsanteil zu sprechen kommen, wollen wir noch kurz die rechtliche Bedeutung der Auflösung selbst behandeln. Unser GmbH.-Recht verweist in O. R. 823 auf die für die Aktiengesellschaften geltenden Bestimmungen. [2]) Mit dem Begriff der Gesellschaftsauflösung verbinden wir unwillkürlich den Gedanken des gleichzeitigen Unterganges der Persönlichkeit, d. h. die Verteilung des freigewordenen Vermögens an die Gesellschafter, vorbehältlich einer anderslautenden statutarischen Regelung. Diese Auffassung ist jedoch veraltet und kann heute weder mit den gesetzlichen Bestimmungen über Auflösung und Konkurs, noch mit einer geordneten Schuldentilgung in Einklang gebracht werden. [3]) Aus wirtschaftlichen Gründen und rechtlicher Zweckmässigkeit wird deshalb die Notwendigkeit einer Ausdehnung des Persönlichkeitscharakters bis zur vollendeten Abwicklung gefordert. [4]) Daraus folgt, dass sämtliche Beziehungen zu Dritten und zwischen den Gesellschaftern weiter bestehen. Man kann von der Eintragung der Liquidation im Handelsregister nicht von der Begründung einer neuen Gesellschaft sprechen, sondern man muss sich die Liquidation in einem einfachen Fortbestehen der «aufgelösten» Gesellschaft denken. Das ist die sogenannte Identitätstheo-

[1]) Protokoll S. 531 ff.
[2]) O. R. 738—747.
[3]) Feine S. 644.
[4]) Vgl. K. Lehmann H. R. S. 548.

rie, welche als die herrschende bezeichnet werden darf.[5]) Es handelt sich jedoch nicht um eine Fiktion, sondern um ein Fortbestehen des ursprünglichen Rechtsgebildes. Der Beweis dafür geht einmal aus O. R. 739 Abs. 1 hervor und ferner daraus, dass die Vorschriften über die GmbH. auch für die Zeit der Auflösung fortdauern. Mit dem Eintreten ins Stadium der Liquidation setzt sich die Gesellschaft auch ein neues Ziel, d. h. es tritt ipso iure ohne Statutenänderung eine Aenderung des Gesellschaftszweckes ein. Damit fällt der bisherige in den Statuten festgesetzte Zweck der Gesellschaft weg. Die Geschäftsführer gehen also nicht mehr darauf aus, einen möglichst grossen Gewinn für die Kapitaleinlagen der Gesellschafter zu erzielen, die Erwerbsgesellschaften geben ihr Handels- oder sonstiges Gewerbe auf, bei den Kartellen wird der Kartellgedanke nicht mehr durchgeführt: Zweck der Weiterführung ist einzig eine rationelle Durchführung der Liquidation. Es tritt insofern noch eine Aenderung ein, als anstelle der Geschäftsführer Liquidatoren treten. Wird die Liquidation durch die Statuten oder durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung nicht andern Personen übertragen, so wird sie durch die Geschäftsführer selbst besorgt (O. R. 740). Normalerweise wird also die Liquidation von den Geschäftsführern durchgeführt, was für die Gesellschafter meistens das günstigste Resultat darstellen wird. Die Liquidatoren müssen ins Handelsregister eingetragen werden, selbst dann, wenn die Liquidation durch die Geschäftsführer vorgenommen wird (740 Abs. 2). Im Falle des Gesellschaftskonkurses wird die Liquidation nach den Vorschriften des Konkursrechtes durch die Konkursverwaltung besorgt. Die Befugnisse der Gesellschaftsorgane selbst werden auf die Handlungen beschränkt, welche für die Durchführung der Liquidaion erforderlich sind, ihrer Natur nach jedoch nicht von den Liquidatoren vorgenommen werden können (O. R. 739 Abs. 2). Die Liquidatoren besitzen keine unbeschränkte Vertretungsbefugnis, sondern haben nur die durch den veränderten Gesellschaftszweck bedingten Befugnisse, wie Einstellung des Geschäftsbetriebes, Erledigung der hängenden Geschäfte, Begleichung der Schulden und zuletzt die Verteilung des übriggebliebenen Vermögens an die Berechtigten vorzunehmen. Erst mit der restlosen Aufteilung des Vermögens ist der Auflösungsprozess beendet, d. h. erst mit Erfüllung dieses Zweckes und Löschung im Handelsregister geht die Gesellschaft unter.

Daraus ersehen wir, dass das «Leben» einer GmbH. eigentlich aus drei Teilen besteht: dem gesellschaftsrechtlichen Vorleben, der Verfolgung des Gesellschaftszweckes und dem gesellschaftsrechtlich

[5]) Weitere Theorien und Literaturangaben bei Feine S. 644.

geregelten Nachleben. Dabei handelt es sich immer um ein und dieselbe Gesellschaft. Das Nachleben ist im Gesetz viel ausführlicher normiert als das Vorleben. Die GmbH. bleibt in ihrem Aufbau auch im Nachleben erhalten, bis sie ihre Auflösung selbst zu Ende geführt hat. Daraus müssen wir folgern, dass die Liquidation der GmbH. nicht dem Tod einer zivilen Person gleichgestellt werden darf. Mit dem Uebertritt ins Liquidationsstadium ist notwendigerweise die Umwandlung ihres bisherigen Zweckes verbunden: jede Gesellschaft verfolgt in diesem Stadium den Auflösungs- bzw. den Konkurszweck.[6]) Wir glauben, damit das unumgänglich Erforderliche zu unserem Abschnitt ausgeführt zu haben.

Neben dem Recht auf Gewinnanteil bildet dasjenige auf den Liquidationsanteil den Hauptinhalt der vermögensrechtlichen Seite. Der Liquidationsanteil zerfällt in das Recht, wie es dem Gesellschafter durch Statut oder Gesetz zukommt und in den konkreten Anspruch auf seinen Anteil. Der konkrete Anspruch ist abhängig vom objektiven Recht, d. h. ohne bestehendes Recht kann auch nie ein Anspruch entstehen. Umgekehrt lässt ein bestehendes Recht nicht unbedingt auch einen Anspruch entstehen, nämlich dann nicht, wenn das Liquidationsergebnis gleich null oder negativ ausfällt. Das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis entsteht im Aktienrecht von Gesetzes wegen. Nach O. R. 745 Abs. 1 geht die gesetzliche Regelung dahin, dass jedes Mitglied nach Massgabe des auf seinen Gesellschaftsanteil einbezahlten Betrages Anspruch am übrigbleibenden Gesellschaftsvermögen habe. Die gesetzliche Regelung jedoch nur, wenn die Statuten keine andere Verteilung des Liquidationsergebnisses vorsehen. Bei der Verteilung wird keine Rücksicht darauf genommen, ob das betreffende Mitglied mit einer Bar- oder Sacheinlage an der Gesellschaft beteiligt war. Folglich hat der Bareinleger keinen Anspruch auf bare Auszahlung, der Sacheinleger auf Rückgabe seiner Einlage oder des daraus resultierenden Erlöses. Mit Eintragung der Gründung sind sämtliche Einlagen Eigentum der Gesellschaft geworden; die Einleger haben damit jegliches Verfügungsrecht über ihre Einlagen verloren. Nach Auflösung der Gesellschaft unterliegen sie deshalb der Aufteilung unter alle, ohne Rücksicht auf ihre Herkunft. Für die Verteilung ist nicht notwendig, dass noch ausstehende Beträge auf die Gesellschaftsanteile eingefordert werden, sofern sie nicht zur Deckung von Schulden der Gesellschaft nötig sind. Da die Verteilung des Liquidationsergebnisses nach Massgabe der einbezahlten Beträge auf die Gesellschaftsanteile vorgenommen wird, erhalten diejenigen, welche mit ihren Zahlungen im Rückstand sind, eine kleinere Quote.

[6]) Aehnlich im dt. Recht Fischer S. 404 und Feine S. 645.

Der gesetzliche Verteilungsmodus kann nun, wie schon oben erwähnt, durch die Statuten abgeändert werden.[7]) So kann u. a. das Verhältnis der Verteilung anders gewählt werden oder bestimmt werden, dass die Geldeinleger Geld, die Sacheinleger ihre Sacheinlage oder deren Erlös zurückerhalten werden und ein eventueller Ueberschuss z. B. auf sämtliche Gesellschafter gleichmässig verteilt werde. Die Verteilung kann auch auf Grund der Nebenleistungen vorgenommen werden. Ferner kann ein Unternehmer, welcher bei der Gründung der GmbH. sein Geschäft mit Aktiven und Passiven als Sacheinlage eingebracht hat, dieses bei einer Liquidation wiederum zurückerhalten. Auf ähnliche Weise lassen sich noch weitere Beispiele, wie eine solche Verteilung vorgenommen werden kann, denken.

Wann entsteht nun für jeden einzelnen Gesellschafter der konkrete Anspruch auf seinen Liquidationsanteil? Der Zeitpunkt der Entstehung ist nicht etwa schon die Eintragung «in Liquidation» im Handelsregister; denn in diesem Moment ist noch keine Bilanz aufgestellt, die Schulden sind noch nicht getilgt, die Guthaben konnten noch nicht alle eingezogen werden usw. Dieser Zeitpunkt ist also bloss eine der Bedingungen, dass der konkrete Anspruch überhaupt entstehen kann, mit andern Worten er rückt seine Entstehung zeitlich näher.[8]) Für den Zeitpunkt der Entstehung kann einzig derjenige Moment in Frage kommen, in dem das zu verteilende Ergebnis endgültig und unanfechtbar feststeht, so dass die konkreten Ansprüche der einzelnen Gesellschafter ohne weiteres genau berechnet werden können.[9]) Es ist also nicht nötig, dass die zur Verteilung gelangenden Quoten durch einen besonderen Beschluss festgelegt werden, sondern es genügt, dass die einzelnen Anteile der Mitglieder ohne jegliche Schwierigkeiten in Geld errechenbar sind.

Eine der wichtigsten Fragen bleibt uns hier noch zu lösen übrig: Ist das Recht auf einen Anteil am Liquidationsergebnis ein sogenanntes wohlerworbenes Recht im Sinne von O. R. 646? O. R. 823 verweist uns für die Liquidation einer GmbH. auf die Bestimmungen, welche für die Aktiengesellschaften Geltung haben. Für die Aktiengesellschaften finden wir die Lösung gleich im Gesetz, indem es bestimmt, dass das Recht auf einen Anteil am Liquidationsergebnis ein wohlerworbenes Recht sei (O. R. 646 Abs. 3). Hieraus dürfen wir aber nicht ohne weiteres schliessen, dass das gleiche auch für die GmbH. Geltung habe; denn diese Bestimmung steht ausser-

---

[7]) O. R. 745 Abs. 1.

[8]) Fischer S. 411.

[9]) Vgl. im deutschen Recht: Hachenburg Komm. § 72 Anm. 1, Feine S. 658, K. Lehmann S. 558 f., 593 und Scholz § 72 Anm. I 2.

halb der Regelung der Liquidation, für die das Gesetz auf die einschlägigen Bestimmungen des Rechtes der Aktiengesellschaft verweist (O. R. 823 und 738—747). Dieser Hinweis auf das Recht der Aktiengesellschaft bezieht sich hauptsächlich auf die technische Seite der Liquidation und nicht auf das materielle Recht.

Im Bereiche der Aktiengesellschaft scheint O. R. 745 Abs. 1 in einem gewissen Widerspruch zu O. R. 646 Abs. 3 zu stehen. Nach dem Wortlaut des Abs. 1 O. R. 745 müssten wir annehmen, dass die Statuten einzelne Aktionäre vom Liquidationsergebnis ausschliessen können. Dies kann jedoch kaum die Meinung des Gesetzgebers sein. Zur Interpretation des Abs. 1 O. R. 745 ist deshalb O. R. 646 heranzuziehen und folgendermassen auszulegen: die Statuten einer Aktiengesellschaft können lediglich den gesetzlichen Verteilungsmodus abändern, jedoch auf keinen Fall einen Aktionär vom Liquidationsergebnis ausschliessen. Auf diese Weise ist der Widerspruch beseitigt.

Da im Recht der Aktiengesellschaft eine richtige Interpretation des Abs. 1 O. R. 745 nur möglich ist unter Hinzuziehung von O. R. 646, so dürfen wir auch für die GmbH. O. R. 745 nicht anders auslegen. Das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis ist also auch bei der GmbH. ein wohlerworbenes Recht. Dafür sprechen im weitern noch folgende Gründe: analog zu O. R. 804 wird auch die Verteilung des Liquidationsergebnisses nach kapitalistischen Grundsätzen vorgenommen. Ferner darf nicht vergessen werden, dass die Mitglieder einer GmbH. einer intensiven Haftung unterworfen sind, während die Aktionäre nur für den gezeichneten Aktienbetrag aufzukommen haben. Es ist ein Gebot der Billigkeit, dem Mitglied einer GmbH. als Gegenstück zu seiner strengen Haftung ein wohlerworbenes Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis zu gewähren, das der Aktionär ohne eine dermassen weitgehende Haftung hat: «Wer den schlechten Tropfen geniesst, soll auch den guten kosten». Diese Gründe sprechen dafür, dass auch in der *GmbH. das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis wohlerworben ist.*[10]) Der endgültige Entscheid in dieser Frage liegt jedoch noch beim Bundesgericht.

Die Folgen, welche sich daraus ergeben, sind von grösster Wichtigkeit: enthalten die Statuten keine näheren Bestimmungen über die Verteilung des Liquidationsergebnisses, so kann eine diesbezügliche Regelung später in die Statuten aufgenommen werden. Da es aber ein wohlerworbenes Recht ist, bedarf es der Zustimmung aller derjenigen, welche durch die Aenderung in ihrem Recht einge-

[10]) Vgl. im deutschen Recht: Feine S. 658 und 286, Hachenburg § 72, die beide nicht so weit gehen.

schränkt werden. Es bedarf der Einstimmigkeit, wenn durch die Aenderung alle Gesellschafter berührt werden, wenn z. B. bestimmt wird, dass der Anteil aus dem Liquidationsergebnis auf Grund der Nebenleistungspflichten berechnet werden soll. O. R. 784 Abs. 2 kommt für eine solche Statutenänderung nur soweit zur Anwendung, als dass es neben der Zustimmung aller Betroffenen auch immer der gesetzlich erforderlichen Stimmenmehrheit bedarf.

Eine Aenderung des Verteilungsmaßstabes ist auch dann möglich, wenn die Verteilung der Liquidationsanteile durch die Statuten geordnet ist. Es benötigt hier eine Statutenänderung, die nur dann zustande kommt, wenn ihr die gesetzlich geforderte Mehrheit, sowie alle diejenigen Mitglieder, welche durch die Aenderung in ihrem Recht eingeschränkt werden, zustimmen. Einstimmigkeit ist hier auch nur dann erforderlich, wenn durch die Aenderung sämtliche Mitglieder betroffen werden.

Was die Verteilung des Liquidationserlöses selbst betrifft, so ist hier nach O. R. 745 Abs. 2 das Sperrjahr zu beachten, d. h. sie darf frühestens ein Jahr vom Tage des dritten Schuldenrufes an gerechnet vorgenommen werden. Auf Gesuch hin kann diese Frist vom Richter gekürzt werden (O. R. 745 Abs. 3).

B. Verwaltungsrechtliche Seite.

§ 7. DAS RECHT AUF GESCHÄFTSFÜHRUNG UND VERTRETUNG.

Neben dem obersten Organ, der Gesellschafterversammlung, benötigt die GmbH. ein Organ, das die laufenden Geschäfte erledigt. Damit sind auch schon die zwei für die GmbH. zwingend vorgeschriebenen Organe aufgezählt, die Gesellschafterversammlung einerseits und für die Erledigung der laufenden Geschäfte der oder die Geschäftsführer anderseits. Die Geschäftsführer besorgen aber nicht nur die Geschäftsführung, das ist die innere Verwaltung der Gesellschaft, sondern besitzen grundsätzlich allein die Fähigkeit, für die Gesellschaft mit Dritten zu handeln, sie zu vertreten. Dieses Organ darf deshalb nicht nur nicht fehlen, sondern seine Besetzung ist zugleich «integrierender Bestandteil der Körperschaftsbildung». [1])

Was die Bestellung der Geschäftsführer anbetrifft, so sind grundsätzlich alle bei der Gründung beteiligten Mitglieder zur gemeinsamen Geschäftsführung und Vertretung berechtigt und verpflichtet (O. R. 811 Abs. 1). Die Statuten können jedoch eine andere Ordnung vorsehen. Die nach der Gründung aufgenommenen Mitglieder können nur auf Grund eines besonderen Gesellschafterbeschlusses zur Geschäftsführung und Vertretung zugelassen und verpflichtet werden (O. R. 811 Abs. 3). Ein diesbezügliches Recht steht ihnen nicht zu. O. R. 772 lässt auch Handelsgesellschaften als Mitglieder einer GmbH. zu, so dass auch sie ein Recht auf Geschäftsführung und Vertretung beanspruchen können. Aber nicht die juristischen Personen als solche werden zu Geschäftsführern, sondern diejenigen natürlichen Personen, welche die Vertretungsbefugnis der betreffenden Gesellschaften inne haben. Folglich werden auch diese als Geschäftsführer der GmbH. im Handelsregister eingetragen.

Da die schweizerische GmbH. auf individualistischer Basis aufgebaut wurde, kann uns eine solche Ordnung nicht überraschen, weil sie logisch und konsequent ist. [2]) Einen Unterschied gegenüber der Kollektivgesellschaft finden wir gleichwohl. Während bei letzterer im Zweifel jedem Gesellschafter Geschäftsführung und Vertretung zukommt (O. R. 563), sind die Mitglieder einer GmbH. nur

[1]) Fischer S. 211.

[2]) Hachenburg in ZBH. 1926 S. 61.

gemeinsam zu dieser berechtigt und verpflichtet. Es ist augenscheinlich, dass eine solche Ordnung nicht in jedem Fall befriedigen kann; denn man stelle sich nur einmal eine GmbH. mit vielen Mitgliedern vor! Der Gesetzgeber hat deshalb ein Aequivalent darin geschaffen, dass er es den Statuten überlässt, eine andere Regelung zu treffen. Die Statuten können Geschäftsführung und Vertretung auf einen oder mehrere Gesellschafter beschränken und dadurch die andern ausschliessen (O. R. 811 Abs. 1 und 2). Hier spielt dann die Gesellschafterversammlung eine um so grössere Rolle, während bei kleineren Gesellschaften, wo alle Mitglieder zugleich auch Geschäftsführer sind, diese kaum Geltung erlangt. Für Geschäfte, welche ausserhalb des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs liegen, muss nicht zuerst eine Gesellschafterversammlung zur Beschlussfassung einberufen werden; denn sämtliche Mitglieder der Gesellschaft sind im Unternehmen tätig und können so solche Geschäfte sofort zum Abschluss bringen. Dass dadurch viel gewonnen und der ganze «Apparat» enorm vereinfacht wird, ist selbstverständlich. Die gesetzlichen Bestimmungen über Beschlussfassung, Stimmrecht usw. müssen natürlich auch von solchen Gesellschaften beachtet werden.

Neben und anstelle von Mitgliedern der GmbH. können auch aussenstehende Personen statutarisch zur Geschäftsführung und Vertretung berufen werden (O. R. 812 Abs. 1). Die Wählbarkeit kann in den Statuten von ganz bestimmten Kautelen abhängig gemacht werden.[3]) In den meisten Fällen wird es sich hier um Fachleute mit besonderen Branchenkenntnissen usw. handeln.

Als zwingende Vorschrift stellt unser Gesetz im weitern die Bestimmung auf, dass mindestens ein Geschäftsführer in der Schweiz Wohnsitz haben muss, im Unterschied zum Aktienrecht, wo die Mehrheit der Verwaltungsmitglieder Schweizerbürger und zugleich in der Schweiz wohnhaft sein müssen (O. R. 711 Abs. 1 und 2). Ist dieser Vorschrift nicht mehr Genüge geleistet, so kann der Handelsregisterführer der GmbH. eine Frist ansetzen, innerhalb welcher der gesetzliche Zustand wieder hergestellt sein muss, ansonst die Auflösung der Gesellschaft von Amtes wegen erklärt wird (O. R. 813).

Was den Umfang und die Beschränkung der Geschäftsführung und Vertretungsmacht anbetrifft, so verweist uns das Gesetz in O. R. 814 Abs. 1 auf das Recht der Aktiengesellschaft. Darnach sind alle die zur Geschäftsführung befugten Personen ermächtigt, «im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck der GmbH. mit sich bringen kann», unter Vorbehalt der durch Statut oder Gesetz der Gesellschafterversammlung zugeteilten

[3]) Müller S. 44.

Befugnisse (O. R. 718 Abs. 1). Eine Beschränkung der Vertretungsmacht ist gutgläubigen Dritten gegenüber vollständig unwirksam. Im Handelsregister eingetragene Beschränkungen dürfen sich nur auf die ausschliessliche Vertretung der Hauptniederlassung oder einer Filiale oder über die gemeinsame Führung der Firma beziehen (O. R. 718 Abs. 2). Unter den Gesellschaftern als Geschäftsführer ist jegliche Beschränkung möglich und erlaubt, jedoch mit ausschliesslicher Wirkung auf das gesellschaftliche Innenverhältnis. Sind sämtliche Gesellschafter zugleich auch Geschäftsführer, so steht ihnen eine Vertretungs- und Zeichnungsbefugnis nur gemeinsam zu, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen. Statutarisch kann aber eine Regelung dahin getroffen werden, dass die Gesellschaft entweder durch Einzel- oder Kollektivunterschrift verpflichtet wird. Eine solche Ordnung kann wohl auch angenommen werden, wenn sie durch konkludentes Handeln erfolgt und fortgesetzt geduldet wird. Die Wirkungen aus allen Rechtsgeschäften treffen stets unmittelbar die Gesellschaft, nicht den oder die Geschäftsführer oder sogar die Gesellschafter insgesamt. Voraussetzung ist lediglich, dass der betreffende Geschäftsführer das Rechtsgeschäft ausdrücklich im Namen der Gesellschaft und nicht im eigenen, wenn auch für Rechnung der Gesellschaft, abgeschlossen hat. Es kann sich aber auch aus den Umständen ergeben, dass das betreffende Geschäft nach dem Willen der Beteiligten für die Gesellschaft vorgenommen werden sollte.[4]) Hieraus folgt, dass die Gesellschaft Willensmängel in der Person des tätigen Geschäftsführers ihrerseits geltend machen kann und anderseits für alle etwaigen Verschulden ihres Geschäftsführers beim Abschluss von Rechtsgeschäften einzustehen hat. Auch für ausserkontraktlich entstandenen Schaden hat die GmbH. wie jede andere Körperschaft aufzukommen (O. R. 814 Abs. 4).[5])

Beginn und Ende der Tätigkeit als Geschäftsführer sind verschieden geregelt, je nachdem ob sie Gesellschafter oder Drittpersonen sind. Die Gesellschafter haben von Gesetzes wegen ein Recht auf Geschäftsführung und Vertretung. Bei Dritten ist zu ihrer Begründung ein besonderes Rechtsgeschäft notwendig. Die Bestellung erfolgt für Gesellschafter und Dritte entweder durch Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in die Statuten oder durch Gesellschafterbeschluss (O. R. 811 Abs. 2). Ferner haben alle Geschäftsführer mit der Anmeldung ihrer Unterschrift beim Handelsregisteramt zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen, gegebenenfalls unter Vorlegung einer beglaubigten

[4]) Feine S. 487.

[5]) Vgl. im deutschen Recht Hachenburg Komm. § 36 Anm. 7—11.

Abschrift des Gesellschafterbeschlusses (O. R. 815 Abs. 1). Für das Verhältnis des geschäftsführenden Gesellschafters zur Gesellschaft finden wir in unserem Gesetz keine Vorschriften. Es kommt das Recht der Kollektivgesellschaft analog zur Anwendung. Die dienstlichen Verpflichtungen können u. a. als Nebenleistungen begründet sein.[6]) Dies muss jedoch ausdrücklich in den Statuten hervorgehoben sein, sonst liegt bloss eine Bestellung, nicht aber die gesellschaftliche Verpflichtung zur Geschäftsführung vor.[7]) Nicht-Gesellschafter dagegen stehen als Geschäftsführer stets in einem Dienstverhältnis zur Gesellschaft, das auf einem Auftrag oder einem Dienstvertrag beruhen wird. Damit kommen hier die diesbezüglichen Bestimmungen über Auftrag und Dienstvertrag zur Anwendung. Eine Vergütung kann den Geschäftsführern auf verschiedene Weise zukommen und braucht nicht unbedingt in Geld und für alle Geschäftsführer gleich zu sein. Sie kann u. a. auch in einem festen Betrag bestehen und einem veränderlichen Zuschuss, der sich nach der Tätigkeit, nach dem erzielten Umsatz oder dem jährlichen Reingewinn bestimmt.

Auch für die Abberufung haben wir eine uneinheitliche, gesetzliche Regelung (O. R. 814 Abs. 2 und 3). Für Geschäftsführer, die zugleich Gesellschafter sind, richtet sie sich nach den für die Kollektivgesellschaft geltenden Vorschriften (O. R. 565). Unser Gesetzgeber stellte sich vor allem ein Vertrauensverhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschafter vor, das sicher am grössten ist, wenn die Geschäftsführung nur von Gesellschaftern besorgt wird. Deshalb ist hier eine Abberufung nur aus wichtigem Grunde möglich, selbst dann, wenn die Gesellschaftsstatuten etwas anderes bestimmen sollten (O. R. 539 Abs. 2). Ein wichtiger Grund (O. R. 539) liegt dann vor, wenn der Geschäftsführer sich einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht oder die Fähigkeit zu einer guten Geschäftsführung verloren hat. Der wichtige Grund braucht jedoch nicht unbedingt in der Person des Geschäftsführers selbst zu liegen, sondern jede Tatsache, die eine gedeihliche Geschäftsführung ausschliesst, stellt einen wichtigen Grund dar. Die Entscheidung, ob ein wichtiger Grund vorliegt oder nicht, liegt einzig beim Richter. Kläger kann jeder Gesellschafter sein, doch muss dieser solche Gründe nachweisen oder doch zum mindesten glaubhaft machen. Eine vorläufige Entziehung der Geschäftsführung und Vertretung wird vom Richter dann ausgesprochen, wenn Gefahr im Verzug liegt. Diese richterliche Verfügung ist im Handelsregister einzutragen (O. R. 565 Abs. 2).

---

[6]) Vgl. § 4 der Arbeit.

[7]) Hachenburg Komm. § 35 Anm. 46.

Einfacher liegen die Verhältnisse bei den Geschäftsführern, die nicht Gesellschafter sind. Diesen kann unter Beachtung der diesbezüglichen Bestimmungen im Dienstvertrags- oder Auftragsrecht jederzeit die Geschäftsführung entzogen werden, eventuell unter Vorbehalt etwaiger Entschädigungsansprüche (O. R. 814 Abs. 3). Unter bestimmten Voraussetzungen wäre es natürlich von Vorteil, wenn auch die Gesellschafter gleich wie die Nicht-Gesellschafter nur widerruflich zur Geschäftsführung und Vertretung verpflichtet werden könnten. [8])

Als weitere unmittelbare Folge des individualistischen Aufbaues der GmbH. ergibt sich ein der Kollektivgesellschaft entsprechendes Konkurrenzverbot für sämtliche geschäftsführenden Gesellschafter. Ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter darf ein geschäftsführendes Mitglied der GmbH. im Geschäftszweige der Gesellschaft weder für eigene noch für fremde Rechnung Geschäfte abschliessen, noch an einer andern Unternehmung als unbeschränkt haftender Gesellschafter, als Kommanditär oder als Mitglied einer andern GmbH. beteiligt sein (O. R. 818). [9]) Statutarisch kann dieses Verbot auf sämtliche Gesellschafter ausgedehnt werden; umgekehrt kann das Konkurrenzverbot statutarisch nicht aufgehoben werden. Für beauftragte Geschäftsführer finden wir keine spezielle Regelung im Recht der GmbH. Das Konkurrenzverbot ergibt sich hier aus dem Anstellungsverhältnis und wird mit Vorteil im Dienstvertrag aufs genauste umschrieben (356—360 O. R.). [10]) Die Ausdehnung des Konkurrenzverbotes auf alle Gesellschafter empfiehlt sich insbesondere bei kleinen Gesellschaften. Hier fehlt meistens eine spezielle Kontrollstelle, so dass auch die nicht geschäftsführenden Mitglieder eventuell einen direkten Einblick in die Gesellschaftsgeheimnisse und den Kundenkreis erhalten.

Den Geschäftsführern kommen nun noch besondere Rechte und Pflichten zu, die hier ihrer Wichtigkeit wegen berührt werden müssen. Falls die Statuten nichts anderes bestimmen, so fällt die Ernennung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten für den ganzen Betrieb in die Kompetenz der Gesellschafterversammlung (O. R. 816). Dagegen hat jeder Geschäftsführer das Recht, eine Prokura oder Handlungsvollmacht zu widerrufen, und zwar selbst dann, wenn sie durch einen Gesellschafterbeschluss bestellt wurden.

Hat sich das Stammkapital um mehr als die Hälfte vermindert, so ist den Geschäftsführern die Pflicht auferlegt, unverzüglich eine

---

[8]) Vgl. Antrag Wieland Prot. S. 564 und über die Folgen einer solchen Regelung Guhl GmbH. S. 46.

[9]) Vgl. dazu O. R. 561 aus dem Recht der Kollektivgesellschaft.

[10]) Feine S. 482.

Gesellschafterversammlung einzuberufen. Bei Ueberschuldung, d. h. wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, haben sie die Pflicht, den Richter davon in Kenntnis zu setzen, welcher dann seinerseits entscheidet, ob der Konkurs über die Gesellschaft verhängt werden soll oder nicht. Bei Kapitalverlust und Ueberschuldung gilt das Recht der Aktiengesellschaft. Eine Ausnahme hievon machen nur diejenigen Gesellschaften, welche für ihre Gesellschafter eine Nachschusspflicht in die Statuten aufgenommen haben;[11]) sollte sich aber auch hier durch die Einforderung der Nachschüsse keine Deckung der Unterbilanz ergeben, so muss der zuständige Richter innert drei Monaten davon in Kenntnis gesetzt werden (O. R. 817 Abs. 2).

Für die Haftung der Geschäftsführer verweist uns das Recht der GmbH. auf die strengen aktienrechtlichen Grundsätze (O. R. 872 in Verbindung mit 754). Sie haften der Gesellschaft, den Gesellschaftern als auch den Gesellschaftsgläubigern gegenüber für jeden Schaden, der aus fahrlässiger oder absichtlicher Verletzung der ihnen übertragenen Pflichten hervorgeht. Nach O. R. 812 Abs. 2 trifft diese Haftung alle Geschäftsführer in gleicher Weise. Wurde der Schaden durch mehrere Geschäftsführer verursacht, so haften diese solidarisch (O. R. 759).

Entstund der Schaden nur mittelbar durch Schädigung der Gesellschaft, so geht der Anspruch der Mitglieder nur auf Leistung des Ersatzes an die Gesellschaft. Der Gesellschaftsgläubiger dagegen kann sein Klagerecht nur geltend machen, wenn über die GmbH. der Konkurs eröffnet ist (O. R. 758 und SchKG 159 ff.). Die Ansprüche der Mitglieder und Gesellschaftsgläubiger kann im Gesellschaftskonkurs nur die Konkursverwaltung geltend machen. Die Konkursverwaltung kann jedoch auf die Geltendmachung verzichten, wodurch Mitglieder und Gläubiger berechtigt werden, die Abtretung des Anspruches zu verlangen (O. R. 756 und SchKG 260). Für die Wirkungen der Entlastungsbeschlüsse, die Frage der Verjährung und des Gerichtsstandes kommen die Bestimmungen des Aktienrechtes analog zur Anwendung.

Wir sehen auch hier wieder, wie der Gesetzgeber dem Schutz der Gläubiger alle Aufmerksamkeit geschenkt hat und ihnen durch diese weitgehenden Sicherheiten grösste Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung geleistet wird.[12]) Auf diese Weise wird indirekt die fehlende unbeschränkte Haftung soweit als möglich ersetzt.[13])

---

[11]) § 2 der Arbeit.
[12]) Vgl. dazu u. a. Prot. S. 435 ff., Egger in S. J. Z. 1925 S. 345 ff.
[13]) So auch im deutschen Recht: Hachenburg Komm. § 43 Anm. 1.

§ 8. DAS KONTROLLRECHT.

Die Organisation der GmbH. ist elastisch gestaltet, um so die Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse zu ermöglichen.[1]) Das Einsichtsrecht der Mitglieder ist direkt abhängig von der Organisation der Gesellschaft. Das Kontrollrecht kann so mehr oder weniger eingeschränkt werden, ganz entzogen kann es den Mitgliedern nie werden. Dies folgt aus O. R. 819, der bestimmt, dass jedem Gesellschafter die gleichen Kontrollrechte zustehen wie dem Aktionär. Das Kontrollrecht ist deshalb auch im GmbH.-Recht wohlerworben, da O. R. 697 Abs. 4 normiert, dass das Kontrollrecht weder durch die Statuten noch durch irgendwelche Beschlüsse eines Gesellschaftsorgans aufgehoben oder beschränkt werden kann.

a) Die Umschreibung eines Kontrollrechtes fällt bei denjenigen Gesellschaften dahin, wo sämtliche Mitglieder zugleich auch Geschäftsführer sind; denn diese haben ständigen Einblick in den Geschäftsgang und sind so stets aufs genauste orientiert.

b) Finden sich in einer GmbH. neben geschäftsführenden auch nicht geschäftsführende Gesellschafter vor, so haben letztere ein Kontrollrecht, welches demjenigen eines nicht geschäftsführenden Mitgliedes der einfachen Gesellschaft entspricht (O. R. 819 Abs. 1). Der nicht geschäftsführende Gesellschafter hat demnach die Befugnis, persönlich die Geschäftsbücher und -papiere einzusehen, für sich eine Uebersicht über den Stand des gemeinschaftlichen Vermögens anzufertigen und sich persönlich vom Gang der Gesellschaftsangelegenheiten zu unterrichten (O. R. 541 Abs. 1). Durch eine solche Ordnung soll einzig dem nichtgeschäftsführenden Gesellschafter gedient, nicht etwa auch der Gläubigerschutz verbessert werden.[2]) Ferner ist zu beachten, dass die Mitglieder ihr Kontrollrecht einzeln und persönlich ausüben können und nicht als Organ der GmbH., d. h. in ihrer Gesamtheit. Im deutschen Recht dagegen kommt das Kontrollrecht nicht den einzelnen Gesellschaftern zu, sondern ihrer Gesamtheit, in der Regel ausgeübt in der Gesellschafterversammlung.[3])

c) Das Kontrollrecht kann durch die Statuten erweitert werden. Durch Einführung einer Kontrollstelle kann es dem einzelnen Mitglied aber auch zum Teil entzogen werden. Der Kontroll-

[1]) Vgl. Protokoll S. 491.
[2]) Uebereinstimmend Molitor S. 60.
[3]) Vgl. dazu Feine S. 507 und die dort angeführte Literatur.

stelle wird ein Teil der Kontrollrechte übertragen. Dem einzelnen Gesellschafter verbleiben infolgedessen nur noch die Rechte, welche dem Aktionär zustehen, sofern ihm die Statuten nicht besondere Privilegien vorbehalten (O. R. 819 Abs. 2). Trifft dies nicht zu, so hat jedes Mitglied nur Anspruch darauf, die Bilanz, die Gewinn- und Verlustrechnung und den Revisions- und Geschäftsbericht einzusehen. Im weitern kann jeder Gesellschafter verlangen, dass ihm kostenlos eine Abschrift der Gewinn- und Verlustrechnung und der Bilanz ausgehändigt wird (O. R. 696). Die Gesellschafter können die Kontrollstelle auf zweifelhafte Ansätze der Bilanz aufmerksam machen und die erforderlichen Aufschlüsse verlangen. Grundsätzlich hat das Mitglied einer GmbH. kein Recht auf Einsichtnahme der Geschäftsbücher und Korrespondenzen. Diese Aufgabe fällt der Kontrollstelle zu, welche zu Handen der Gesellschafter die Geschäftsführung zu überprüfen hat. Mit ausdrücklicher Ermächtigung der Gesellschafterversammlung oder durch Beschluss der geschäftsführenden Gesellschafter kann einem Mitglied unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses die Einsichtnahme gestattet werden. Ferner kann der Richter verfügen, dass einem Gesellschafter über bestimmte, für die Ausübung des Kontrollrechtes erhebliche Tatsachen durch beglaubigte Abschrift aus den Geschäftsbüchern oder von Korrespondenzen Auskunft zu erteilen ist. Der Richter darf jedoch zu solchen Massnahmen nur dann greifen, wenn durch eine solche Verfügung die Interessen der Gesellschaft nicht gefährdet werden (O. R. 697 Abs. 3).

Ueber die Zusammensetzung, Aufgabe und Verantwortung der Kontrollstelle verweist uns O. R. 819 Abs. 2 auf das Aktienrecht. Ueber den Umfang ihrer Arbeit war man sich in der Expertenkommission lange nicht einig.[4]) Die endgültige Fassung steht in den Art. 727–731, welche umfassend und ausführlich die Tätigkeit der Kontrollstelle umschreiben. Statuten und Gesellschafterversammlung bleibt es vorbehalten, weitergehende Bestimmungen zu treffen. Wir begnügen uns deshalb mit dem Hinweis auf das Aktienrecht und der Ergänzung, dass die Kontrollstelle der GmbH. zudem noch verpflichtet ist, die ordnungsmässige Führung des Anteilbuches zu überwachen.

Die Einführung einer Kontrollstelle wird nur für grosse Unternehmungen in Frage kommen, da die Revisoren nie Geschäftsführer oder Angestellte der GmbH. sein dürfen und für ihre Arbeit entschädigt werden müssen. Treuhandgesellschaften und Revisionsverbände dürfen als Revisoren bestellt werden.

[4]) Vgl. Protokoll S. 397 ff.

Die Statuten können u. a. auch einen Aufsichtsrat vorsehen, dem neben den ordentlichen Revisoren die Ueberprüfung der Geschäftsführung oder einzelner Teile zufällt. Aufgaben der Verwaltung dürfen der Kontrollstelle nicht übertragen werden.

Auch bei der Regelung des Kontrollrechtes besteht somit die Möglichkeit, die Organisation nach individualistischen oder kapitalistischen Gesichtspunkten vorzunehmen. Den Mitgliedern können einerseits die Kontrollrechte der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter der einfachen Gesellschaft zustehen oder bei einer kapitalistischen Ordnung anderseits nur die der Aktionäre, verbunden mit der Einführung einer Kontrollstelle. Nach unserem Gesetz muss somit in jedem Fall eine dieser Arten der Kontrolle vorliegen mit dem Zweck, allen Mitgliedern eine tadellose Geschäftsführung zu gewährleisten.

§ 9. DAS STIMMRECHT.

Das Recht auf Stimmabgabe steht den Mitgliedern einer GmbH. wie das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung von Gesetzes wegen zu. Die Bestimmung, dass dem Gesellschafter sein Stimmrecht durch die Statuten nicht entzogen werden darf, ist zwingender Natur (O. R. 808 Abs. 4). Das Stimmrecht ist also einzig an die Bedingung geknüpft, dass sich das Mitglied über seine Gesellschafterqualität ausweisen kann. Einzig, wenn über die Entlastung eines geschäftsführenden Mitgliedes abgestimmt wird, darf der betreffende sein Stimmrecht von Gesetzes wegen nicht ausüben (O. R. 808 Abs. 5).

Die Gesellschafter, zusammengefasst in der Gesellschafterversammlung, bilden das oberste Organ jeder GmbH. Vermittelst Beschlussfassung äussert sich durch einfache oder qualifizierte Stimmenmehrheit der Wille der Gesellschaft. Ein Beschluss ist dann zustande gekommen, wenn er nach aussen «einen Bestand erhalten hat .[1]) Die auf diese Weise zustande gekommene Willenserklärung ist als die der Gesellschaft als solcher und nicht als die Summe der Einzelwillen anzusehen.[2]) Alle Beschlüsse sind gesellschaftsrechtlicher Natur; jedoch finden auch hier die obligationenrechtlichen Grundsätze über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte Anwendung, sofern sie nicht im Widerspruch zum Gesellschaftsrecht als der lex specialis stehen.[3]) So kann u. a. eine Stimmabgabe nicht unter einer Bedingung abgegeben werden; denn jede Beschlussfassung muss ein bestimmtes, eindeutiges Ergebnis zeitigen. Dieses kann gar nicht entstehen, wenn die Stimmabgabe von einem zukünftigen Ereignis abhängen soll. Solche Stimmen sind deshalb als ungültig zu erklären. Vertragliche Abmachungen unter den Mitgliedern einer GmbH., in einem gewissen Sinne zu stimmen, können rechtlich Bestand haben, sofern sie nicht gegen die guten Sitten verstossen.[4]) Ungültige vertragliche Bindungen sind vor allem die Stimmenkäufe zu irgend welchem Zweck.

---

[1]) Hachenburg § 45 Anm. 8, Brodmann § 47 Anm. 2.

[2]) Feine S. 516.

[3]) von Thur O. R. I S. 516, O. R. II S. 234.

[4]) Gültige Verpflichtungen dieser Art sind z. B. die Zustimmung zu einer Anteilsabtretung unter der Voraussetzung, dass der Erwerber bestimmte Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft übernimmt oder die Zustimmung zu einer Kapitalerhöhung, wenn die neuen Anteile nur die Geschäftsführer übernehmen können. Vgl. dazu Feine S. 519.

Was die Stimmenzahl jedes Gesellschafters betrifft, so finden wir in O. R. 808 Abs. 4 eine subsidiäre Lösung für den Fall, wo die Statuten über die Stimmenzuteilung nichts aussagen. Grundlage der gesetzlichen Ordnung bildet der Gesellschaftsanteil jedes einzelnen, indem auf je Fr. 1000.— eine Stimme entfällt. Die Statuten können nun eine andere Grundlage der Stimmenzumessung wählen, jedoch unter der Voraussetzung, dass mindestens jedem Mitglied eine Stimme verbleibt. So kann für je Fr. 5000.— eine Stimme gewährt werden oder die Begrenzung des Stimmrechtes kann in der Weise erfolgen, dass für Fr. 3000.— eine Stimme, für Fr. 3—6000.— zwei Stimmen und für mehr als Fr. 6000.— drei Stimmen statuiert werden. Schwieriger ist die Beantwortung der Frage, ob auch Stimmabgabe nach Köpfen möglich sei? Diese Frage möchten wir bejahen, unter Anführung folgender drei Argumente: 1. Unsere GmbH. ist eine modifizierte Kollektivgesellschaft, hat also zur Grundlage eine individualistische Gesellschaftsform. 2. Gestützt auf O. R. 804 Abs. 1 haben wir eine Gewinnverteilung nach individualistischen Grundsätzen nicht als rechtswidrig erkannt.[5]) 3. Im Recht der Aktiengesellschaft wird durch das Gesetz eine unkapitalistische Stimmabgabe ermöglicht, obschon die A.-G. eine rein kapitalistische Gesellschaftsform darstellt.[6]) Aus den drei angeführten Argumenten dürfen wir den Schluss ziehen, dass bei der GmbH. eine Stimmabgabe nach Köpfen als zulässig anzusehen ist. Normalerweise würde also jedem Mitglied, unbekümmert um die Grösse seiner Einlage, eine Stimme zugesprochen. Die Verteilung kann aber auch so vorgenommen werden, dass die geschäftsführenden Mitglieder zwei Stimmen, die andern nur eine erhalten, um so deren Einfluss zu verstärken. Aber auch die Stellung eines früheren Einzelkaufmanns (Firmaänderung) oder sämtlicher Gründer kann durch eine diesbezügliche Stimmenverteilung stärker betont werden. Die Gründer können eine solche Stimmenordnung in den Statuten treffen, aber auch später noch kann die gesetzliche durch eine statutarische ersetzt werden, unter der Voraussetzung, dass die Aenderung alle Gesellschafter gleich trifft. Wird der Verteilungsmaßstab jedoch in der Weise abgeändert, dass einzelne Mitglieder benachteiligt und andere bevorzugt werden, so verstösst das gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Eine solche Statutenänderung ist deshalb nur einstimmig möglich, bzw. mit der für eine Statutenänderung verlangten Mehrheit und der Zustimmung aller Betroffenen.

---

[5]) Vgl. § 5 der Arbeit.
[6]) O. R. 693 Stimmrechtsaktien.

Verlangt das Gesetz neben einer Stimmenmehrheit zugleich auch die Zustimmung einer Kapitalsmehrheit, wie z. B. in O. R. 784 Abs. 2, so gilt dies ohne weiteres bei einer Stimmenverteilung nach Köpfen. Stimmen also drei Vierteile sämtlicher Mitglieder einer Statutenänderung zu, so müssen diese auch bei Kopfstimmen drei Vierteile des Stammkapitals vertreten.

Hat nun ein neuaufgenommener Gesellschafter ein den andern gleichgestelltes Stimmrecht? Wir wissen, dass z. B. den neuhinzugekommenen die Geschäftsführung nur durch besondern Gesellschaftsbeschluss übertragen werden kann und ihnen das Recht auf Geschäftsführung und Vertretung nicht von Gesetzes wegen zusteht (O. R. 811). Der Entzug des Stimmrechts darf nicht von einem Gesellschafterbeschluss abhängig gemacht werden, da O. R. 808 Abs. 4 ausdrücklich bestimmt, dass das Stimmrecht statutarisch nicht entzogen werden darf, was für alle Gesellschafter, die neuhinzugekommenen inbegriffen, Gültigkeit hat. So haben auch neuaufgenommene Mitglieder ein unentziehbares Recht auf Stimmabgabe.

Auf Grund des Gesetzes oder der Statuten können ein und demselben Mitglied mehrere Stimmen in der Gesellschafterversammlung zustehen. Muss nun das betreffende Mitglied die ihm zustehenden Stimmen einheitlich abgeben? Nehmen wir beispielsweise an, dass einem auf Grund seines Gesellschaftsanteiles zehn Stimmen zukommen. Kann er nun von den zehn Stimmen sechs für und vier gegen einen Antrag oder bei einer Geschäftsführerwahl für und gegen einen «Kandidaten» abgeben? Das Stimmrecht steht jedem Mitglied als solchem zu, und die Stimmenordnung auf Grund des Gesellschaftsanteils kommt lediglich einem Verteilungsmodus gleich. Nach schweizerischem Recht kann jede natürliche Person nur im Besitze einer Stammeinlage (O. R. 774 Abs. 2), folglich auch nur einmal Mitglied der gleichen GmbH. sein, woraus wir schliessen dürfen, dass jedes Mitglied seine Stimmen nur einheitlich, d. h. in gleichem Sinne abgeben darf. Die gegenteilige Lösung wäre widersinnig und würde zudem gegen den Sinn des Gesetzes verstossen. Auch mehrere physische Personen als Gesamtheit (Miteigentum, Gesamthandsverhältnis) und juristische Personen können nur einmal Mitglied der gleichen GmbH. sein, haben also im Minimum eine Stimme, welche durch den von ihr zu bestimmenden Vertreter geltend gemacht wird. Was wir für die natürlichen Personen gesagt haben, findet auch auf die Personengesamtheiten und juristischen Personen Anwendung: sie können in der Gesellschafterversammlung einer GmbH. nur einheitlich stimmen. Stimmenthaltung verstösst nicht gegen diese Regel, ist deshalb als gültig anzusehen. Selbstverständlich ist es zulässig, dass ein Gesellschafter einem

bestimmten Antrag zustimmt und ihn als Vertreter eines andern Gesellschafters verwirft; denn hier vertritt ein und dasselbe Mitglied seine eigene Ansicht und gleichzeitig die eines Mitgesellschafters, also zwei Stimmrechte auf Grund von zwei verschiedenen Gesellschaftsanteilen.

Aus der engen Verknüpfung zwischen Mitglied und Gesellschaft, zwischen Stimmrecht und Gesellschaftsanteil folgt, dass das Stimmrecht als Persönlichkeitsrecht der Mitglieder nicht übertragen werden kann. [7]) Das Stimmrecht kann jedoch durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden. [8]) Die Statuten haben in der Aufstellung der Vertretungsbefugnis die grösste Freiheit. So können sie beispielsweise jede Ausübung des Stimmrechts durch einen andern als den Gesellschafter untersagen oder nur die Uebertragung an ein anderes Mitglied auf Grund einer schriftlichen Vollmacht zulassen. Ferner kann eine Vollmacht auf bestimmte Beschlüsse beschränkt werden. Ohne statutarische Bestimmung müssen wir eine Stellvertretung als zulässig erachten, da sie dem Gesetz nicht widerspricht. [9])

Es kann vorkommen, dass sich ein Gesellschaftsanteil während einer Gesellschafterversammlung in den Händen der Gesellschaft selbst befindet. Wer übt nun das Stimmrecht dieses Anteiles aus? Die herrschende Meinung [10]) geht dahin, dass alle Persönlichkeitsrechte, wozu vor allem das Stimmrecht zählt, mit der Mitgliedschaft untergehen oder während der Zeit des Verbleibens bei der Gesellschaft ruhen. Diese Ansicht wird sicher auch für unser Recht zutreffen. Nehmen wir z. B. an, dass die Gesellschaft das betreffende Stimmrecht geltend machen könnte und das wäre wohl die einzig denkbare Möglichkeit, so wäre der Wille der Gesellschaft als solcher mitbestimmend bei Beschlüssen, deren Ergebnis den Willen der Gesellschaft ergeben soll! [11]) Daraus ist ersichtlich, dass wohl einzig die erste Ansicht überzeugen kann. Sie hat ein qualitatives nicht quantitatives Anwachsen der bei den Gesellschaftern verbleibenden Stimmen zur Folge. Es kann aber auch der Fall eintreten, dass eine gesetzlich oder statutarisch verlangte Mehrheit rechnerisch überhaupt nicht mehr erreicht werden kann, nämlich dann, wenn die vorhandenen Stimmen eine bestimmte Quote des einge-

[7]) Vgl. Feine S. 526.

[8]) Der Referent in der Expertenkommission betrachtet zwar eine Vertretung durch Bevollmächtigung als ungültig, jedoch ohne nähere Begründung. Vgl. Protokoll S. 494.

[9]) Vgl. Müller S. 40 f.

[10]) Vgl. alles Nähere bei Feine S. 418 und die dort angegebene Literatur. Die Gegenmeinung vertritt Hachenburg Komm. § 33 Anm. 16.

[11]) RGE. 103, S. 66 f.; auch Brodmann § 33 Anm. 2.

tragenen Stammkapitals vertreten müssen. Die Mehrheit des vertretenen Stammkapitals kann dagegen stets erlangt werden. Die Berechnung der verlangten Mehrheit des eingetragenen Stammkapitals hat deshalb so zu erfolgen, dass jedes Mitglied vorerst seinen Gesellschaftsanteil vertritt und dazu noch der seinem Anteile entsprechende Teil der Stimmen und des Kapitals der sich im Besitze der Gesellschaft befindlichen Gesellschaftsanteile.[12]) So kann auch stets jede vorgeschriebene Stimmenmehrheit als auch Kapitalsmehrheit, die sich auf das eingetragene Stammkapital beziehen, erreicht werden.

Falls die Statuten die Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung nicht ordnen, so werden Gesellschafterbeschlüsse mit der absoluten Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst (O. R. 808 Abs. 3), ausgenommen wenn Gesetz oder Statuten für den betreffenden Beschluss eine bestimmte Mehrheit verlangen. Neben der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung kennt unser Gesetz noch die sogenannte Urabstimmung (O. R. 808 Abs. 2). Die Statuten können sie für alle oder bestimmte Beschlüsse vorsehen. Ein Unterschied zur Abstimmung in der Gesellschafterversammlung liegt darin, dass bei der Urabstimmung das absolute Mehr von der Gesamtzahl der den Gesellschaftern zustehenden Stimmen berechnet wird (O. R. 808 Abs. 3).[13]) Falls die Statuten keine diesbezügliche Regelung vorsehen, schreibt das Gesetz für folgende Fälle eine qualifizierte Mehrheit von drei Vierteilen sämtlicher Mitglieder, die zugleich mindestens drei Vierteile des Stammkapitals vertreten müssen, vor: bei der Uebertragung von Stammanteilen durch Abtretung O. R. 791 Abs. 2 (also ausgenommen bei Erwerbung infolge Erbganges oder ehelichen Güterrechts O. R. 792), bei Aenderung der Statuten O. R. 784 Abs. 2 (ausgenommen bei Vermehrung der Leistungen oder Ausdehnung der Haftung, wo eine Zustimmung aller Gesellschafter verlangt wird, O. R. 784 Abs. 3) und bei Auflösung durch Gesellschafterbeschluss (O. R. 820 Zif. 2). Vorteilhaft erscheint hier, dass nicht nur drei Vierteile des Kapitals, sondern zugleich drei Vierteile aller Gesellschafter beipflichten müssen. Dadurch gelangen auch unbedeutende Mitgliedschaftsrechte zu Einfluss, was einem Schutz der kleinen Anteilbesitzer und einer Erschwerung der Strohmännergesellschaften gleichkommt. Die gesetzliche Mehrheit kann jedoch durch die Statuten abgeändert werden, und zwar im Sinne einer Erschwerung wie auch einer Erleichterung, ausgenommen bei der Uebertragung von Gesellschaftsanteilen (O. R.

[12]) Feine S. 421 und die dort angeführte Literatur.

[13]) Vgl. dazu die Verhandlungen in der Expertenkommission, Protokoll S. 491 ff. und 540 ff.

791 Abs. 3 in Verbindung mit 777 Zif. 7, analog anwendbar auf 795 und 796). Die gesetzliche Regelung kann hier nur im Sinne einer Erschwerung statutarisch abgeändert werden.

Neben der Erleichterung, welche das Gesetz durch Gewährung der schriftlichen Abstimmung gibt, besteht eine weitere in Form der sogenannten Universalversammlung. Sind zufällig oder zwecks einer Besprechung alle Gesellschafter der GmbH. beisammen, so können sie, sofern keiner Widerspruch erhebt, eine Gesellschafterversammlung abhalten und gültige Beschlüsse fassen, ohne die für die Einberufung vorgeschriebenen Formvorschriften einzuhalten (O. R. 809 Abs. 5). Bei kleinen Gesellschaften wird diese Vorschrift sicher Anklang finden, da dadurch grosse Unkosten eingespart werden können.

Schon oben haben wir erwähnt, dass ein Gesellschafter nur bei seiner Entlastung als Geschäftsführer sein Stimmrecht nicht geltend machen kann (O. R. 808 Abs. 5). Diese zwingende Vorschrift darf nicht extensiv interpretiert oder analog auf gleichartige Fälle angewendet werden. So kann jedes Mitglied einer GmbH. auch bei Beschlussfassungen mitstimmen, bei welchen Rechtsgeschäfte zwischen ihm und der Gesellschaft getätigt werden, weiter bei Abstimmungen über die Einleitung oder Erledigung einer Streitsache zwischen ihm und der GmbH. oder schliesslich bei Beschlussfassungen betreffend seine Befreiung von Verbindlichkeiten.[14]) Es muss jedoch angenommen werden, dass die Statuten in solchen Fällen der Interessenkollision das Stimmrecht des betreffenden Mitgliedes einschränken oder aufheben können.

Die Entstehung des Stimmrechtes fällt zusammen mit dem Erwerb der Mitgliedschaft, d. h. sobald der Gesellschafter seine Minimalleistung erbracht hat (O. R. 774 Abs. 2). Bei einer Uebertragung des Gesellschaftsanteiles wird der Erwerber mit der Eintragung ins Anteilbuch Mitglied der Gesellschaft.

Wie Aktien, so können auch Gesellschaftsanteile in Nutzniessung stehen oder Dritten verpfändet sein. Während das Aktienrecht die Zuteilung des Stimmrechtes bei Verpfändung in O. R. 689 und bei Nutzniessung in O. R. 690 regelt, finden wir im GmbH.-Recht keine gesetzliche Ordnung.

Wir haben gesehen, dass das GmbH.-Recht die Zuteilung der Stimmenzahl nach kapitalistischen Gesichtspunkten geregelt hat, so

[14]) Die Differenzierung gegenüber der Aktiengesellschaft wurde in der Gesetzesberatung damit begründet, «dass der missbräuchlichen Ausübung des Stimmrechts durch einen Gesellschafter bei der GmbH. mit der wirksameren Waffe der Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen gemäss O. R. 811 begegnet werden kann, einer Waffe, die dem Aktionär versagt ist». (Stenograph. Bulletin des Nationalrates 1934 S. 743.)

dass wir auch das Stimmrecht bei Verpfändung und Nutzniessung der Stammanteile grundsätzlich wie im Aktienrecht behandeln sollten, sofern die Statuten hierüber nichts Besonderes aussagen. Bei verpfändeten Gesellschaftsanteilen würde also dem Verpfänder das Stimmrecht vorbehalten bleiben (O. R. 689 Abs. 5).

Im Falle der Nutzniessung bestimmt O. R. 690 Abs. 2, dass das Stimmrecht dem Nutzniesser zukomme, wobei dieser dem Aktionär ersatzpflichtig wird, wenn er auf dessen Interessen nicht in billiger Weise Rücksicht nimmt. Die Anwendung einer solchen Lösung auf das GmbH.-Recht kann uns nicht befriedigen, obschon das Stimmrecht wie bei der A.-G. gesellschaftsrechtlicher Natur ist und dem Mitglied zum Anbringen seiner Begehren und Geltendmachung seiner Ansichten dient. Stellen wir uns vor, dass sämtliche Gesellschafter auch Geschäftsführer sind, die Situation der Gesellschaft genau kennen, und jetzt soll ein Dritter bei Beschlüssen über wichtige Existenzfragen der Gesellschaft irgend etwas beitragen können? Bei den Aktiengesellschaften liegen die Verhältnisse ganz anders. Hier kann sich der Nutzniesser mit Leichtigkeit die gleiche Uebersicht über die Verhältnisse der Aktiengesellschaft aneignen wie jeder Aktionär. Bei der GmbH., die hauptsächlich für Klein- und Mittelbetriebe geschaffen wurde, ist das nicht möglich. So kann gewiss niemand behaupten, dass der Nutzniesser, der eben nur den Gesellschaftsanteil nutzen soll, zur Regelung aller Lebensfragen der GmbH. berufen ist! Es ist jedoch nicht abzustreiten, dass auch der Nutzniesser rechtliche Interessen an der Geltendmachung des Stimmrechts hat, insbesondere bei Festsetzung der Dividende. Der ganzen Struktur unserer GmbH. wird es wohl am ehesten entsprechen, wenn dem Gesellschafter das Stimmrecht belassen wird mit der Verpflichtung, es im Interesse des Nutzniessers auszuüben oder bei Abstimmungen, welche direkt die Rechte des Nutzniessers berühren, nur mit dessen Zustimmung auszuüben.

§ 10. RECHT AUF AUSTRITT.

Ein Recht auf Austritt besteht nach unserem Obligationenrecht von Gesetzes wegen (O. R. 822 Abs. 2); «jeder Gesellschafter kann aus wichtigen Gründen beim Richter auf Bewilligung des Austrittes klagen». Diese Klage steht uneingeschränkt jedem Mitglied zu, unbekümmert um die Grösse seiner Beteiligung und seine gesellschaftsrechtliche Stellung. Die wichtigen Gründe brauchen nicht unbedingt in den innergesellschaftlichen Verhältnissen zu liegen. Der Entwurf II verlangte noch in Anlehnung ans deutsche Recht [1]), dass der wichtige Grund in den Verhältnissen der Gesellschaft selbst liegen müsse. Eine Abänderung in vorstehendem Sinne wurde auf Antrag K. Wieland's in der Expertenkommission vorgenommen. [2]) Die zweite, nun gesetzliche Regelung, stellt in richtiger Weise auf das Recht der Kollektivgesellschaft ab (O. R. 576 ff.) und berücksichtigt so vor allem die persönlichen Interessen jedes Gesellschafters. Aber auch den Gesellschaftsinteressen wird die Regelung gerecht, denn anstelle der gerichtlichen Auflösung kann durch Urteil Austritt oder Ausschliessung eines einzelnen Mitgliedes treten. Die wichtigen Gründe müssen vom Kläger nachgewiesen werden, und erst gestützt auf ein richterliches Urteil kann er aus der Gesellschaft austreten. Damit findet die persönliche Seite des Austrittes ihren Abschluss. Durch den Austritt verzichtet der Gesellschafter aber nicht auf seine finanziellen Einlagen gegenüber der Gesellschaft; er muss durch die Gesellschaft auf irgend eine Weise abgefunden werden. Hierzu bietet uns das Gesetz vier Möglichkeiten (O. R. 822 Abs. 4), die hier der Vollständigkeit halber kurz erwähnt seien:

1. Hat die Gesellschaft Vermögen irgend welcher Art über das Stammkapital hinaus, so können dem austretenden Gesellschafter die auf seine Stammeinlage erbrachten Leistungen aus diesem zurückerstattet werden. Dabei darf aber auf keinen Fall das Stammkapital angegriffen werden.

2. Ein anderes Mitglied kann sich bereit erklären, die betreffende Stammeinlage zum wirklichen Wert zu übernehmen, genau gleich wie im Falle des Leistungsverzuges bei der Einzahlungspflicht (O. R. 800).

---

[1]) Deutsches GmbH.-Gesetz § 61 und VE. II 825 Abs. 3.
[2]) Vgl. Protokoll S. 534 ff.

3. Im weitern kann der betreffende Gesellschaftsanteil verwertet werden, sei es durch öffentliche Versteigerung oder durch freihändigen Verkauf. Letzteres ist zwar nur dann möglich, wenn sämtliche Mitglieder inklusive dem Austretenden ihre Zustimmung dazu geben.
4. Dem Austretenden kann seine Stammeinlage auch aus dem Stammkapital zurückbezahlt werden, wenn dazu die Vorschriften über die Herabsetzung des Stammkapitals genau berücksichtigt werden (O. R. 788).

Ein Austritt nach O. R. 822 ist nur möglich unter Beachtung einer dieser vier Fälle, wozu jeweils noch die 5jährige Haftung des austretenden Mitgliedes für alle Verpflichtungen der GmbH., die vor seinem Austritt eingegangen wurden, hinzutritt. Wir sehen auch hier wieder, dass der Gesetzgeber einem umfassenden Gläubigerschutz alle Aufmerksamkeit geschenkt hat.

Neben dem gesetzlichen Austrittsrecht kann jedem Mitglied ein statutarisches Recht auf Austritt eingeräumt werden (O. R. 822 Abs. 1), das von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht werden kann. Das GmbH.-Recht kennt im Gegensatz zum Vereins- und Genossenschaftsrecht kein grundsätzlich freies Ein- und Austrittsrecht. Die GmbH. hat von Anfang an eine bestimmte Anzahl Mitgliederstellen, die nur über den komplizierten Weg der Kapitalserhöhung erweitert werden können. Somit ist im GmbH.-Recht ein Ein- bzw. Austritt grundsätzlich nur in Form des Mitgliederwechsels möglich. Findet sich daher für den Gesellschaftsanteil kein Erwerber, so ist auch eine Abtretung und damit ein Austritt nicht möglich.

Dem Austritt aus der GmbH. steht also die Abtretung des Gesellschaftsanteiles gegenüber. Die Abtretung gestaltet sich recht umständlich; der Gesetzgeber versucht mit allen Mitteln eine solche womöglich zu unterbinden. Den Statuten bleibt es überlassen, eine Abtretung ganz auszuschliessen (O. R. 791 Abs. 3). Erstes gesetzliches Erfordernis einer Abtretung ist die Zustimmung von drei Vierteilen der Mitglieder, die zugleich drei Vierteile des Stammkapitals vertreten müssen (O. R. 791 Abs. 2). Diese Norm ist als zwingend anzusehen; sie kann nur im Sinne einer Erschwerung abgeändert werden, Erleichterungen sind nichtig. Im weitern ist die Abtretung an die notarielle Beurkundung geknüpft (O. R. 791 Abs. 4). Als letztes verlangt das Gesetz die Mitteilung an die Gesellschaft und die Eintragung des neuen Mitgliedes im Anteilbuch. Für uns stellt sich hier die wichtige Frage: mit welchem Zeitpunkt ist der Austritt perfekt, mit andern Worten, wann gehen die mitgliedschaftlichen Pflichten und Rechte auf das neueintretende Mitglied über?

O. R. 791 bestimmt, dass die Abtretung der Gesellschaft gegenüber erst mit der Anmeldung und der Eintragung im Anteilbuch wirksam wird. Daraus folgt, dass wir die *Eintragung im Anteilbuch als den Zeitpunkt ansehen müssen, wo der Austritt vollzogen ist und Pflichten und Rechte auf den Erwerber übergehen.* Bis zu diesem Zeitpunkt kann der Austretende seine Rechte noch geltend machen, und die Gesellschaft kann sich für die Erfüllung der Pflichten nur an ihn halten. Die Gesellschaft anerkennt demnach den Neueintretenden erst mit der Mitteilung des Mitgliederwechsels und dem Eintrag ins Anteilbuch als Mitglied. Das bedeutet nun nicht, dass der Akt der öffentlichen Beurkundung ohne rechtliche Folgen bleibt. Der Gesellschaft gegenüber ist die öffentliche Beurkundung zwar bedeutungslos, dem Veräusserer und Dritten gegenüber zeitigt sie rechtliche Wirkungen. Der austretende Gesellschafter verliert das freie Verfügungsrecht über seinen Anteil, er kann ihn kein zweites Mal wirksam abtreten. Ferner können ihn seine Gläubiger nicht mehr pfänden, dafür fällt aber dieses Recht den Gläubigern des Erwerbers zu. Vom Tage der Verurkundung an kommt der Anteil auch in die Konkursmasse des Erwerbers. Der Erwerber wird also für den Veräusserer und Dritte schon vom Zeitpunkte der öffentlichen Verurkundung an «Mitglied». Zusammenfassend können wir sagen, dass die rechtlichen Wirkungen intern an den Eintrag ins Anteilbuch, extern an die öffentliche Verurkundung geknüpft werden. Daraus ergibt sich auch die merkwürdige Doppelnatur des Gesellschaftsanteiles, der als Mitgliedschaftsrecht innerhalb der GmbH. ein Gesellschaftsrecht ist und in der Persönlichkeitssphäre des Gesellschafters selbst als Vermögenswert realisiert werden kann.

Ein Spezialfall liegt dann vor, wenn wohl ein Austritt erfolgt, der Gesellschaft aber kein neues Mitglied beitritt: die Abtretung des Gesellschaftsanteiles an einen Mitgesellschafter. Hier gelten die gleichen Vorschriften wie beim Eintritt eines neuen Mitgliedes (O. R. 796). Der hinzuerworbene Anteil verliert seine rechtliche Selbständigkeit. Dies geht einerseits aus O. R. 774 Abs. 2 hervor, wo bestimmt ist, dass jeder Gesellschafter nur eine Stammeinlage besitzen kann und anderseits aus O. R. 796 Abs. 2, der normiert, dass sich die Stammeinlage des betreffenden Gesellschafters um den entsprechenden Nennwert erhöht. Eine solche Regelung entspricht auch der Auffassung der GmbH. als Individualgesellschaft. Durch die Hinzuerwerbung von Gesellschaftsanteilen wächst natürlich der Einfluss solcher Gesellschafter in der GmbH. Die andern Gesellschafter können sich dagegen nur wehren, indem sie einer Abtretung an einen Mitgesellschafter nicht zustimmen. Aus dem Verlust der

Selbständigkeit des hinzuerworbenen Gesellschaftsanteiles folgt, dass z. B. bei einer Kaduzierung die ganze erhöhte Stammeinlage des Gesellschafters herangezogen würde, selbst dann, wenn seine ursprüngliche Einlage voll einbezahlt war.

Nach O. R. 822 Abs. 1 können die Statuten den Gesellschaftern ein Austrittsrecht gewähren, das von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht werden kann. Die Bedingungen können verschiedener Art sein. So können die Statuten z. B. bestimmen, dass sämtlichen nicht geschäftsführenden Mitgliedern ein Austrittsrecht gewährt wird, da ihr Einblick in Geschäftsgeheimnisse gering ist, während den geschäftsführenden ein solches Recht nicht zustehen soll. Von grosser Bedeutung wird die Regelung des Austrittsrechtes bei den Kartell-GmbH. Hierauf einzutreten würde jedoch zu weit führen.[3])

Die Abtretung kann nur durch öffentliche Beurkundung vollzogen werden. Sie kann nicht durch eine Blankovollmacht des Gesellschafters an einen Dritten umgangen werden, die dem Bevollmächtigten sämtliche Mitgliedschaftsrechte übertragen würde. Das könnte zu einem fortgesetzten Mitgliederwechsel unter Missachtung der zwingenden gesetzlichen Vorschriften und der Abtretung des Gesellschaftsanteiles führen. Eine solche Vollmacht ist nichtig, selbst dann, wenn auf Grund dieser letzten Endes eine richtige notariell beglaubigte Abtretung erfolgt. Die Vollmacht ist von Anfang an als nichtig anzusehen, denn sie diente einzig der unmittelbaren Umgehung einer zwingenden Gesetzesnorm[4]) (Z. G. B. 2).

Eine notarielle Beurkundung ist jedoch nicht bei jedem Austritt nötig, sondern nur bei einem vertraglichen Uebergang des Gesellschaftsanteiles im Wege der Einzelnachfolge.[5]) In den Fällen der Universalsukzession fällt sie weg, so bei Erbgang, bei ehelichem Güterrecht, Fusion zweier Aktiengesellschaften, die beide Mitglied der GmbH. sind, Ausscheiden eines Gemeinders aus der Gemeinderschaft usw. Häufigster und zugleich wichtigster Fall der Universalsukzession ist der Erbgang. Der Tod des Gesellschafters ist gleichbedeutend mit seinem Austritt aus der Gesellschaft, er hat ipso iure den Verlust der Pflichten und Rechte aus dem Gesellschaftsanteil zur Folge. Mit dem Tode eines Gesellschafters vollzieht sich in jedem Falle ein Mitgliederwechsel:[6]) anstelle des Verstorbenen

[3]) Vgl. Corradini S. 84 ff.

[4]) So auch im deutschen Recht: Hachenburg Komm. § 15, Anm. 24, Brodmann § 15 Anm. 1.

[5]) Vgl. Feine S. 379.

[6]) Ausnahme wäre der sicher äusserst seltene Fall, wo die Statuten bestimmen würden, dass der Anteil mit dem Tode des Mitgliedes als eingezogen zu gelten habe.

treten immer dessen Erben. Die Statuten können jedoch einen Erwerb durch Erbgang von der Zustimmung der andern Mitglieder abhängig machen. Sie können jedoch einen Eintrag nur verhindern, wenn der Anteil durch einen von der Gesellschaft bestimmten Erwerber zum wirklichen Wert übernommen wird (O. R. 792). Bei einer gesetzlichen Erbfolge wird meistens eine Erbengemeinschaft Nachfolgerin in der GmbH. Setzen sich die Erben in der Weise auseinander, dass der Gesellschaftsanteil nur einem Erben zukommen soll, so handelt es sich hier um einen gewöhnlichen Abtretungsvertrag, für welchen die besondern gesetzlichen Bestimmungen zu beachten sind. Der Gesellschaftsanteil kann auch Gegenstand eines Vermächtnisses sein. Der Begünstigte erhält einen obligatorischen Anspruch gegenüber den Erben auf Uebertragung des Gesellschaftsanteiles. [7])

Die Frage der Vererbung von Gesellschaftsanteilen spielt vor allem bei Familiengesellschaften eine grosse Rolle. Hier werden wir wohl immer eine statutarische Ordnung vorfinden, welche den Uebergang an nicht Familienmitglieder verhindert gemäss O. R. 792 Abs. 2. So werden die Statuten vor allem eine Vererbung nur unter den direkten Nachkommen zulassen, event. sogar Volljährigkeit verlangen, damit nicht etwa aussenstehende Vormünder Einsicht in die Gesellschaftsverhältnisse erlangen.

---

[7]) Vgl. Hachenburg § 15 Anm. 3.

§ 11. RECHT AUF KÜNDIGUNG.

In einem gewissen Zusammenhang zum Austrittsrecht steht das *Recht auf Kündigung* der Gesellschaft. Ein gesetzliches Recht auf Kündigung haben nur die Konkursverwaltung und der Pfandgläubiger eines verpfändeten Gesellschaftsanteiles (O. R. 793). Sie können unter Beobachtung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist die Auflösung der Gesellschaft verlangen.

Ein Recht der Mitglieder zur Auflösung der GmbH. durch Kündigung ist in unserem Gesetz nicht vorgesehen.[1]) Das bedeutet nun nicht etwa, dass die Aufnahme eines solchen Rechtes in die Statuten nichtig wäre. Es ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber nicht besonders auf dieses Recht aufmerksam machen wollte. Die Statuten können ein Kündigungsrecht zugunsten eines, mehrerer oder aller Gesellschafter aufstellen. Fehlt es, so ist auch die Kündigung ausgeschlossen. Ein gesetzliches Auflösungsrecht steht einzig den Gesellschaftern auf Grund von O. R. 822 Abs. 2 zu. Ein statutarisches Kündigungsrecht kann von verschiedenen Voraussetzungen abhängig gemacht werden, wie z. B. Vorliegen einer Unterbilanz oder Angabe des frühesten Kündigungstermins. Ohne eine solche beschränkende Bestimmung darf jedoch nicht angenommen werden, dass die Kündigungsberechtigten zu jeder Zeit und ohne Rücksicht auf die sie veranlassenden Gründe kündigen können. Das Kündigungsrecht ist ein typisches Recht der Individualgesellschaften. Fehlt eine nähere Umschreibung des Kündigungsrechtes in den Statuten, so werden wir deshalb die gesetzliche Regelung bei der Kollektivgesellschaft und der einfachen Gesellschaft analog anwenden müssen (O. R. 574 in Verbindung mit 545/46). Das statutarische Kündigungsrecht bei der GmbH. durch einen Gesellschafter ist mangels näherer Bestimmungen in den Statuten an eine sechsmonatige Frist gebunden. Ferner darf die Kündigung nicht zur Unzeit, sondern in guten Treuen erfolgen, wenn jährliche Rechnungsabschlüsse vorgesehen sind, was bei der GmbH. gesetzlich vorgeschrieben ist (O. R. 805), nur auf Ende des Geschäftsjahres. Bezüglich der Dauer der Gesellschaft bedeutet das in dieser Weise eingeräumte Kündigungsrecht nichts anderes als eine «Beschränkung des Unternehmens auf Zeit».[2])

---

[1]) Vgl. Protokoll S. 531 ff., wo K. Wieland einen Antrag zur Aufnahme eines Kündigungsrechtes stellte.

[2]) Hachenburg § 3 Anm. 20, Neukamp § 3 Anm. 5, RGE. 79, 422.

Die Kündigung hat die Liquidation der Gesellschaft auf den Zeitpunkt zur Folge, der nach Statuten oder Gesetz vorgesehen ist. Steht das Kündigungsrecht einem oder mehreren Gesellschaftern zu, so bedeutet dies für sie ein Vorrecht gegenüber den andern. Dass das die eigentlichen Sonderrechte sind, ist in der Literatur unbestritten.[3]) Ein Sonderrecht[4]) müssen wir aber selbst dann annehmen, wenn das Kündigungsrecht allen Gesellschaftern gleich zukommt, wenn es ein allgemeines Mitgliedschaftsrecht ist. Macht man mit dem deutschen Reichsgericht[5]) den Unterschied zwischen eigennützigen und gemeinnützigen Rechten und sieht alle diejenigen Rechte, die ein Mitglied zu seinem eigenen Nutzen hat, als Sonderrechte an, so muss das Kündigungsrecht auch nach dieser Unterscheidung als ein solches angesehen werden. Dies gilt selbst dann, wenn es allen zukommt, denn allen ist es zu ihrem eigenen Nutzen gegeben. Dass das Kündigungsrecht ein Sonderrecht ist, geht ferner aus der Bedeutung und dem Begriff der Kündigung hervor als die Befugnis jedes einzelnen Gesellschafters gegen den Willen aller übrigen, durch einfache Willenserklärung das Gesellschaftsverhältnis aufzulösen. Jeder Kündigungsberechtigte kann dadurch hinsichtlich der zeitlichen Dauer der Gesellschaft nicht majorisiert werden.[6]) So kann keine Gesellschafterversammlung mit Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder nach erfolgter Kündigung seitens eines Gesellschafters einfach beschliessen, dass der Kündigende auszubezahlen und die GmbH. weiter zu führen sei. Es wäre nur dann möglich, wenn der Gesellschafterversammlung durch die Statuten ein solches Recht zukäme. Ein kündigendes Mitglied kann selbst dann nicht majorisiert werden, wenn sämtliche andere Kündigungsberechtigten einer Weiterführung der GmbH. zustimmen würden. Aus diesen Gründen muss das statutarische allgemeine Kündigungsrecht als ein typisches Sonderrecht angesehen werden. Das zeitigt im weitern auch seine Folgen bei einer etwaigen Abänderung der Statuten. Soll das Kündigungsrecht eines Gesellschafters gestrichen werden, so bedeutet die Aenderung für ihn nichts anderes als eine längere Bindung an die GmbH., als in den ursprünglichen Statuten vorgesehen. Eine solche Statutenänderung kann nicht ohne seine Zustimmung geschehen.[7]) Gemäss O. R. 777 Abs. 2 können die Mitglieder einer GmbH. zu weitern Leistungen

---

[3]) Vgl. u. a. Hachenburg Komm. § 14 Anm. 19, Brodmann § 45 Anm. 2.
[4]) RGE. 68, 211.
[5]) Vgl. auch C Anderweitige Rechte der Mitglieder.
[6]) Vgl. Hachenburg Komm. § 3 Anm. 22.
[7]) Vgl. im deutschen Recht Neukamp-Becker § 60 Anm. 11, Brodmann § 45 Anm. 2 und § 53 Anm. 4.

über die Stammeinlage hinaus verpflichtet werden.[8]) Steht ein Kündigungsrecht allen Gesellschaftern zu und soll es beseitigt werden, so ergibt sich die Zustimmung aller auch aus O. R. 784 Abs. 3, denn der Wegfall des Kündigungsrechtes bewirkt eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsstatut obliegenden Leistungen, indem sie zeitlich länger mit den Nebenverpflichtungen belastet werden, da sie sich nicht mehr durch Kündigung der Gesellschaft davon freimachen können. Was für die Aufhebung des Kündigungsrechtes gesagt wurde, gilt analog auch für jede Abänderung.

Daraus können wir entnehmen, dass die Auflösung der Gesellschaft durch Kündigung einzig durch Zurücknahme seitens des Kündigungsberechtigten möglich ist, wobei die Gesellschaft ihre Zustimmung zu geben hat in Form eines einfachen Gesellschafterbeschlusses (O. R. 808 Abs. 3).

Das Kündigungsrecht ist hier als typisches Beispiel eines Sonderrechtes aufgeführt worden. Was für das Kündigungsrecht gilt, hat grundsätzlich auch Geltung für alle andern Sonderrechte.

---

[8]) § 4 der Arbeit.

§ 12. DAS ANFECHTUNGSRECHT.

Das Anfechtungsrecht wurde im GmbH.-Recht nicht besonders geregelt. O. R. 808 Abs. 6 verweist uns auf das Recht der Aktiengesellschaft. Auf Grund dessen kann jeder Gesellschafter, sowie auch die Geschäftsführer, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, welche gegen Gesetz oder Statuten verstossen, beim Richter mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten (O. R. 706 Abs. 1). Das Anfechtungsrecht erlischt, wenn die Klage nicht spätestens zwei Monate nach der Gesellschafterversammlung, in der die anzufechtende Verfügung erlassen wurde, angehoben wird (O. R. 706 Abs. 4). Es handelt sich hier um ein Recht, das jedem Gesellschafter von Gesetzes wegen zusteht und nur an die zwei erwähnten, gesetzlichen Voraussetzungen geknüpft ist: statuten- oder gesetzeswidriger Beschluss und Klageerhebung innert zwei Monaten. Ferner ist wohl auch hier anzunehmen, dass der Gesellschafter wie das Vereinsmitglied bei der Beschlussfassung dem betreffenden Beschluss nicht zugestimmt hat;[1]) denn es wäre widersinnig, einen Beschluss anzufechten, dem man zugestimmt hat! In der Zustimmung liegt doch der Beweis der rechtmässigen Anerkennung, sonst stimmt der Gesellschafter dem Beschluss nicht zu.[2]) Bei der GmbH. kennen wir neben der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung noch die schriftliche Abstimmung (O. R. 808 Abs. 2). Es ist anzunehmen, dass hier O. R. 706 in Anlehnung an Z. G. B. 75 extensiv interpretiert werden muss, dass als dies a quo derjenige Tag gelten wird, an dem der Gesellschafter vom Ergebnis der Abstimmung Mitteilung erhalten hat.

Von grosser Wichtigkeit ist ferner, dass ein Anfechtungsurteil nicht nur unter den Prozessparteien Gültigkeit hat, sondern absolut wirkt, d. h. auch für alle übrigen Gesellschafter (O. R. 706 Abs. 5)! Ein richterliches Urteil, das einen Gesellschafterbeschluss aufhebt, muss deshalb in gehörigerweise auch allen andern Mitgliedern der GmbH. zur Kenntnis gebracht werden.

Das Anfechtungsrecht ist ein gesetzliches Recht, das jeder unabhängig von den andern geltend machen kann. Es kann deshalb nicht etwa in dem Sinn eingeschränkt werden, dass die Statuten

---

[1]) Vgl. Z. G. B. 75.

[2]) Vgl. Protokoll S. 340. Eine Ausnahme könnte der Richter nur für das Mitglied annehmen, welches auf Grund eines wesentlichen Irrtums oder einer absichtlichen Täuschung durch Aktenmaterial, Geschäftsführer usw. dem betreffenden Beschluss zugestimmt hat.

z. B. ein Quorum von $^1/_{10}$ der Mitglieder verlangen würden. Eine solche Bestimmung wäre eine Verletzung einer zwingenden Gesetzesvorschrift und deshalb nichtig.

Jeder Gesellschafter muss sich an die Frist von zwei Monaten halten; nach Ablauf der Frist geht er seines Anfechtungsrechtes verlustig, d. h. der betreffende Gesellschafterbeschluss wird unanfechtbar, heilt durch Zeitablauf.

Kann uns eine solche Lösung befriedigen? Erlangen vor allem auch Gesellschafterbeschlüsse, welche gegen zwingende Gesetzesvorschriften verstossen, nach Ablauf der zweimonatigen Anfechtungsfrist Gültigkeit? Diese Regelung kann uns nicht befriedigen; schon in der Expertenkommission wurde darauf hingewiesen, dass trotz Gewährung eines individuellen Anfechtungsrechtes stets weiter mit Nichtigkeitsklagen zu rechnen sei;[3]) der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtung lasse sich deshalb nicht aus der Welt schaffen! Ostertag beantragte, dem Artikel 721, der dem heutigen O. R. 706 entspricht, folgenden Absatz beizufügen: «Die Ungültigkeit von Beschlüssen, die im Interesse der Gläubiger aufgestellte zwingende Vorschriften verletzen, kann auch nach dieser Frist geltend gemacht werden.» Der Antrag Ostertag wurde später wieder fallen gelassen. Man wollte keine Ausnahme von der allgemeinen Regel statuieren, hat dabei aber ausdrücklich erwähnt, dass es sich ja nur um die Befristung des Anfechtungsrechtes handle, Dritten gegenüber damit noch nichts entschieden sein solle.[4])

Nach O. R. 19 und 20 können deshalb Beschlüsse unheilbar nichtig sein.[5]) Die Schwierigkeit besteht nur darin, die Fälle der Nichtigkeit von denjenigen der Anfechtung grundsätzlich abzugrenzen. In Ermangelung einer Rechtsprechung kann eine Abgrenzung nur angedeutet werden.

Eine allgemein gültige Lösung zu finden, ist hier äusserst schwierig. Die theoretischen Antworten auf unsere Fragen gehen meistens dahin, dass sie sagen, Beschlüsse, welche zwingendes Gesetzesrecht verletzen, sind nichtig, während alle Beschlüsse, die ergänzendes oder statutarisches Recht verletzen, bloss anfechtbar sind.[6]) Dies ist nicht restlos gültig, was aus Beispielen mit Leichtigkeit hervorgeht. Ein Gesellschafterbeschluss, der allen Mitgliedern eine feste Verzinsung der Stammeinlagen statuiert, ist nichtig, konnte über-

---

[3]) Protokoll S. 341.

[4]) Protokoll S. 338.

[5]) Egger: «Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht» in ZSR. Bd. 45 S. 28.

[6]) Vgl. im dt. Recht Hachenburg Komm. § 45 Anm. 15—17, Brodmann § 47 Anm. 4 a.

haupt nie gültig zustande kommen; denn der Beschluss richtet sich gegen die gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen eine GmbH. überhaupt gestattet ist und verletzt gleichzeitig auch die Interessen Dritter. Das gesetzliche «Gerüst» der GmbH., ihr Aufbau, wird durch einen solchen Beschluss verändert. Anders ausgedrückt machen alle diejenigen Voraussetzungen einen Beschluss nichtig, welche im Interesse der Gesellschafter oder Dritter gesetzlich geregelt wurden und deshalb nicht der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung unterliegen. Bloss anfechtbar ist dagegen z. B. derjenige Beschluss, der nicht die erforderliche gesetzliche oder statutarische Stimmenmehrheit erreicht und gleichwohl als angenommen verkündet wird (Vermehrung der Leistungen nicht unter der Voraussetzung der Zustimmung aller Gesellschafter). Auch im angeführten Beispiel handelt es sich um die Verletzung einer zwingenden Gesetzesnorm. Daraus ist ersichtlich, dass sich uns eine Lösung dieses Problems aufdrängt, da die Anfechtungsklage an die kurze Frist von zwei Monaten gebunden ist. Eine Nichtigkeitsklage dagegen kann auch noch nach Ablauf von zwei Monaten geltend gemacht werden.

Weitere Beispiele von Beschlüssen, welche die Nichtigkeit zur Folge haben, sind u. a. der Entzug des Stimmrechts einzelner Mitglieder oder einer Mitgliedergruppe, Herabsetzung des Stammkapitals unter die gesetzliche Mindesthöhe oder Festsetzung der Stammeinlagen unter Fr. 1000.— usw. Es handelt sich hier um zwingende Gesetzesvorschriften, die unantastbar und deshalb von den Gesellschaftern, selbst mit Zustimmung aller, nicht abgeändert werden können. Aus diesem Grunde ist jeder Gesellschafterbeschluss, der sie antastet, von Anfang an und unheilbar nichtig. Es handelt sich demnach bei der Nichtigkeit immer um solche Fälle, bei denen eine zwingende Gesetzesnorm in der Weise verletzt wird, dass ihr gesetzlicher Inhalt in irgend einer Weise abgeändert wird, d. h. ihr gesetzlich vorgeschriebener Aufbau verändert. Die Gesellschafterversammlung trifft Anordnungen und fasst Beschlüsse, deren Regelung sich der Gesetzgeber vorbehalten hat und deshalb ausserhalb der gesetzlichen Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung liegen.

Anfechten dagegen kann ein Gesellschafter einen Beschluss, wenn er z. B. zur Gesellschafterversammlung gar nicht geladen wurde, wenn man sich nicht an die statutarische oder gesetzliche Stimmenverteilung hält, wenn irgend ein statutarisches Sonderrecht verletzt wurde, wenn die Gesellschafterversammlung etwas bestimmt, das ausserhalb ihrer statutarischen Zuständigkeit liegt usw. Bei all den Beispielen, welche wir für die Anfechtung angeführt haben, wird nicht der Inhalt des Gesetzes oder der Statuten abge-

ändert, sondern zwingende gesetzliche oder statutarische Normen werden unbeachtet gelassen, d. h. der Beschluss ist nicht auf gesetzes- oder statutenmässige Weise zustande gekommen.

Was wir allgemein gesagt haben, gilt analog auch für die Sonderrechte. Jeder Gesellschafter kann auf ein statutarisches Sonderrecht verzichten, z. B. das Kündigungsrecht. Wird ohne Zustimmung des betreffenden Mitgliedes ein Beschluss auf Beseitigung seines Sonderrechtes gefasst, so wird dieser nur anfechtbar. Wird er aber vom Gesellschafter nicht innert zwei Monaten angefochten, so heilt der Beschluss mit Ablauf der zwei Monate, mit andern Worten der Gesellschafter verliert sein Sonderrecht. Naturgemäss werden durch Beseitigung von statutarischen Sonderrechten auch keine wesentlichen Eigenschaften des Aufbaus der GmbH. verletzt.

Im Gegensatz zu den statutarischen Sonderrechten stehen die wohlerworbenen Rechte, welche wir auch gesetzliche Sonderrechte nennen können. [7]) Die gesetzlichen Sonderrechte, welche für jedes Mitglied unantastbar, ja zum Teil selbst unverzichtbar sind, können auch durch einen Gesellschafterbeschluss nicht beseitigt werden. Ein solcher Beschluss wäre von Anfang an nichtig. Ein Gesellschafter kann auf sein Stimmrecht nicht statutarisch verzichten, er kann es höchstens nicht geltend machen. Ein Beschluss, der ihn seines Stimmrechtes entheben würde, wäre ohne weiteres nichtig.

Zusammenfassend können wir sagen:

Nichtig sind alle Gesellschafterbeschlüsse, welche dem Wesen der GmbH., irgend einer ihrer zwingenden gesetzlichen Voraussetzung oder Eigenschaft inhaltlich widerspricht oder die Interessen Dritter verletzt. [8])

Anfechtbar dagegen ist jeder Beschluss, der eine gesetzliche oder statutarische Verfahrensvorschrift nicht inne hält oder ein statutarisches Sonderrecht verletzt.

Dadurch sind die Fälle der Nichtigkeit auf ein Minimum beschränkt, ohne jedoch die Interessen der betroffenen GmbH.-Mitglieder zu vergewaltigen. Die Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen wird die Regel bilden.

---

[7]) Vgl. C «Anderweitige Rechte» dieser Arbeit.

[8]) Zu einem ähnlichen Resultat kommt Feine S. 542 ff., nur dass er die Fälle, welche die Nichtigkeit zur Folge haben, noch weiter fasst. Weitere diesbezügliche Abhandlungen sind bei Feine a. o. O. näher ausgeführt.

C. Anderweitige Rechte der Mitglieder.

Auf statutarischem Wege können den einzelnen Mitgliedern, Mitgliedergruppen oder den Mitgliedern in ihrer Gesamtheit weitere Rechte zugestanden werden, sogenannte Sonderrechte. Der Begriff der Sonderrechte ist heute noch sehr umstritten.[1]) Von den statutarischen Sonderrechten sind die wohlerworbenen Rechte (iura quaesita) streng zu unterscheiden. Für die letztern finden wir im Aktienrecht (O. R. 646) eine Legaldefinition, die auch für das GmbH.-Recht Gültigkeit hat: «Wohlerworbene Rechte, die den einzelnen Aktionären, in ihrer Eigenschaft als Aktionäre zustehen, können ihnen nicht ohne ihre Zustimmung entzogen werden.

Als wohlerworben gelten diejenigen Rechte des Aktionärs, die nach Vorschrift des Gesetzes oder der Statuten von den Beschlüssen der Generalversammlung und der Verwaltung unabhängig sind oder dem Recht auf Beteiligung an der Generalversammlung entspringen.»[2])

Die wohlerworbenen Rechte sind unantastbar und zum Teil sogar unverzichtbar. Die Verzichtbarkeit mit Einwilligung des Gesellschafters ist sicher nur relativ aufzufassen, d. h. bezüglich einer Einschränkung. Legen wir O. R. 646 Abs. 1 dahin aus, dass der Gesellschafter auf seine wohlerworbenen Rechte ganz verzichten kann, so stossen wir auf einen gewissen Widerspruch im Gesetz selbst. So bestimmen beispielsweise O. R. 692 im Aktienrecht und O. R. 808 Abs. 4 im GmbH.-Recht, dass die Statuten das Stimmrecht beschränken können, jedem aber mindestens eine Stimme zukommen muss. Der Gesellschafter kann demnach nicht ganz auf sein Stimmrecht verzichten. In dem Sinn ist auch O. R. 646 auszulegen: die Gesellschafter können nur zum Teil auf ihre wohlerworbenen Rechte verzichten.

Eine Umschreibung der Sonderrechte finden wir in unserem GmbH.-Gesetz nicht. Die Doktrin[3]) und mit ihr die statische Auffassung vertritt die Ansicht, dass alle Sonderrechte auch wohlerworbene Rechte seien, d. h. Rechte, die gegen den Willen des Berechtigten weder beschränkt, noch aufgehoben werden können. Dieser Auffassung können wir nicht beipflichten, denn das Sonderrecht charakterisiert sich durch seinen Inhalt als ein Vorrecht, selbst

[1]) Vgl. Feine S. 269.
[2]) Vgl. dazu Protokoll S. 213 ff.
[3]) Für das Aktienrecht Bachmann Komm. N 2 c.

dann, wenn es allen Mitgliedern in gleicher Weise zukommt. Die wohlerworbenen Rechte dagegen knüpfen sich an den Erwerbstitel, gehen also auch mit ihm auf einen späteren Erwerber über, was bei den Sonderrechten nicht der Fall ist, da sie dem Mitglied zustehen. Um die Sonderrechte allgemein und ohne Rücksicht, in welchem Sinn sie in den Statuten stehen, den wohlerworbenen Rechten unterzuordnen, müssen wir deren Begriff extensiv über ihre gewöhnliche Bedeutung hinaus interpretieren.

Wir müssen deshalb die Sonderrechte in zwei Gruppen unterteilen:[4]) die eine Gruppe sind die schlechthin unentziehbaren, wie die Teilnahme an der Gesellschafterversammlung, Stimmrecht, Anfechtungsrecht, Schadenersatzanspruch gegen Geschäftsführer und Kontrollorgane, Einsicht der Jahresbilanz, des Geschäftsberichtes und Gewinn- und Verlustrechnung usw. Wir können diese Rechte auch die gesetzlichen Sonderrechte[5]) nennen; es sind nicht Vorrechte einzelner Gesellschafter, sondern sie kommen allen in gleicher Weise zu, decken sich also mit den wohlerworbenen Rechten des O. R. 646. Die andere Gruppe dagegen umfasst die bedingten und beschränkten Sonderrechte. Wieland[6]) sagt von ihnen: «Sie sind nicht schlechthin unbeschränkbar, sondern nur gegen Eingriffe bestimmter Art, insbesondere gegen willkürliche und sachlich offenbar ungerechtfertigte Massnahmen der Mehrheit geschützt, sind mithin, wie man dies auch ausgedrückt hat, ihrem Kerne, jedoch nicht ihrem gesamten Inhalte nach Sonderrechte». Es sind die eigentlichen Vorrechte, die eventuell nur einem einzigen Gesellschafter oder einer Gruppe von Gesellschaftern zukommen. Im Unterschied zu den gesetzlichen, sind es die statutarischen Sonderrechte. Ist nur von Sonderrechten die Rede, so verstehen wir darunter stets die statutarischen.

Zu einem ähnlichen Resultat kommen wir auf Grund der dynamischen Auffassung der Sonderrechte, die im Gegensatz zur statischen steht.[7]) Während nach statischer Auffassung eine GmbH. infolge des starren Festhaltens unter Umständen in Existenzschwierigkeiten gelangen kann, ist dies bei der dynamischen nicht möglich, da sie u. a. auf die Wirkung schaut. Beim dynamischen Gedanken tritt also zum rechtlichen Moment noch ein wirtschaftliches, das in einem solchen Fall dem rechtlichen sogar vorgeht, hinzu. Fehr[8])

---

[4]) Wieland H. R. II S. 186 ff., 194 ff. und 319 ff.

[5]) Von diesen war schon in § 11 die Rede.

[6]) Wieland H. R. II S. 196.

[7]) Hans Fehr in Festgabe für Karl Wieland: «Das dynamische Recht im künftigen schweizerischen Handelsrecht».

[8]) In Festgabe für Karl Wieland S. 71.

bemerkt dazu weiter: das Prinzip, dass es entziehbare und unentziehbare Sonderrechte gebe, sei nicht abzuleugnen. Maßstab für die Zuteilung müsse unter anderem die Wirkung sein. So muss hier der statische, eben das starre Festhalten am rechtlichen, dem dynamischen Gedanken weichen.

Zusammenfassend können wir also sagen, dass alle Sonderrechte vorerst gegen den Willen des betreffenden Gesellschafters unantastbar und unentziehbar sind. *Im Gegensatz zu den gesetzlichen Sonderrechten (wohlerworbene Rechte) können jedoch die statutarischen zum Teil entzogen oder beschränkt werden, wenn es für die Existenz der Gesellschaft lebensnotwendig ist.*

III. Schlussbetrachtung.

In der vorliegenden Arbeit wurde versucht, auf Grund unseres GmbH.-Rechtes die Pflichten und Rechte der Mitglieder darzustellen. Da sich eine Gerichtspraxis seit der Einführung des Gesetzes am 1. Juli 1937 noch nicht bilden konnte, wurden zweideutige Gesetzesbestimmungen meist auf Grund der deutschen Regelung erläutert, ohne jedoch eine rechtsvergleichende Darstellung des deutschen und schweizerischen GmbH.-Gesetzes geben zu wollen. Auch das Recht unserer Aktiengesellschaft und der Kollektivgesellschaft wurde des öftern herangezogen, da erstens unsere GmbH. eine Kompromisslösung zwischen diesen beiden Rechten ist, also bald kollektivistisch, bald mehr individualistisch ausgebildet ist und zweitens oft gar keine Lösung trifft, sondern einfach auf eines der beiden Rechte verweist.

Allgemein kann gesagt werden, dass unser Gesetz offensichtlich die Personalgesellschaft vor der Kapitalgesellschaft bevorzugt. So kann vor allem die gesamte Organisation ganz individualistisch aufgezogen werden. Die Gestaltung unserer GmbH. entspricht dem Ziel, das sich unser Gesetzgeber gesteckt hat: Einschränkung der Aktiengesellschaft für mittlere und kleine Unternehmungen und an ihrer Stelle Einführung einer neuen Gesellschaftsform mit limitierter Haftung. Im weitern versagt auch die rechtliche Konstruktion der Aktiengesellschaft für Unternehmungen, bei denen mehrere oder sogar alle Aktionäre zur Geschäftsführung herbeigezogen werden sollen; die ganze Organisation ist für solche Unternehmungen zu straff und kostspielig und der zwingenden Normen wegen zu unbeweglich. Umgekehrt bietet aber auch unser Obligationenrecht die Möglichkeit, die GmbH. nach kapitalistischen Gesichtspunkten auszugestalten, was insbesondere aus der Regelung der Geschäftsführung und der Kontrollstelle ersichtlich ist. Ein Hemmnis und damit eine Erschwerung erfährt die Ausgestaltung nach dieser Richtung einzig durch das Haftungssystem.

Die Erfahrungen und Lehren, die seit der Einführung der GmbH. in Deutschland gesammelt wurden, hat sich der schweizerische Gesetzgeber zu Nutzen gemacht. Die aufgetretenen Mißstände[1]) sind

[1]) Vgl. Protokoll S. 474.

dort vor allem dem gewählten Haftungssystem und dadurch dem ungenügenden Gläubigerschutz zuzuschreiben. Deshalb hat vor allem das zu wählende Haftungssystem Anlass zu reger Diskussion gegeben. Mit der Wahl der Kollektivgesellschaft als Grundlage zu der zu schaffenden GmbH. hat man auch ihr Haftungssystem mitübernommen. Durch Einführung der persönlichen, gesamtschuldnerischen Haftung ist den Gläubigern auch eine grössere Sicherheit gewährleistet. Durch den bessern Gläubigerschutz wurde zugleich eine bessere Kreditbasis [2]) für die GmbH. geschaffen. In unserer Arbeit haben wir öfters gesehen, dass bei einer Interessenkollision die Interessen der Gläubiger denjenigen der Gesellschafter vorangestellt wurden. Der Gesetzgeber musste gleichzeitig zwei entgegengesetzten Interessensphären Genüge leisten; ob ihm das voll und ganz gelungen ist, wird die Praxis der nächsten Jahre zeigen.

Durch den weitgehenden Gläubigerschutz ist natürlich der Beweis einer sofortigen Verbreitung noch nicht erbracht. Sie ist im weitern auch davon abhängig, ob die rechtliche Konstruktion der GmbH. der wirtschaftlichen Rolle angepasst ist, [3]) was zu untersuchen jedoch nicht unsere Aufgabe war. Wir dürfen jedoch mit gutem Gewissen behaupten, dass unsere GmbH. ohne Zweifel eine rechtlich und wirtschaftlich brauchbare Gesellschaftsform darstellt.

---

[2]) Protokoll S. 474 f.

[3]) Vgl. dazu Corradini: «Die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der GmbH.»

Literatur-Verzeichnis.

Bachmann G.: Aktiengesellschaft und Genossenschaften in «Das schweiz. Obligationenrecht», herausgegeben von Bachmann, Goetzinger, Sigmund, Zeller. Zürich 1915.

Blum A.: Die Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechts. Mannheim 1925.

von Braun H.: Schweizerisches und Deutsches Recht der GmbH. Diss. Königsberg i. P. 1928.

Brodmann: Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. I. und II. Auflage. Berlin 1924 und 1930.

Cahn G.: Die GmbH. im Gesellschaftsrecht, insbesondere ihre Stellung zum schweiz. Obligationenrecht. Diss. Zürich 1899.

Canner: Die Abtretung des Geschäftsanteils bei der GmbH. Diss. Zürich 1930.

Corradini A.: Die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der GmbH. Diss. Bern 1933.
Egger J. G.: Das Dividendenbezugsrecht des Aktionärs. Diss. Zürich 1924.
Feine E.: Die GmbH. In Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. 1929.
Fick: Das schweiz. Obligationenrecht. 1911.
Fick F.: Die verschleierte und schieberhafte Gründung einer A.-G. Diss. Zürich 1922.
Fischer: Das Aktienrecht. In Ehrenbergs Handbuch des ges. Handelsrechts. Leipzig 1916.
Fränkel F.: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Eine volkswirtschaftliche Studie. Tübingen 1915.
Frick Th.: Die Frage der Einführung einer GmbH. in der Schweiz. Diss. Zürich 1916.
Gegenbauer P.: Die Differenzen zwischen dem Grundkapital der A.-G. und dem Stammkapital der GmbH. Diss. Bern 1932.
von Gierke O.: Die GmbH. In Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Bd. III. 1913.
Gotthardt: Die verschiedenen Formen der Handelsgesellschaften in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung. Berlin 1912.
Guhl Th. Das schweiz. Obligationenrecht. Zürich 1933.
— Das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz. Zürich 1937.
— Die Rechtstellung des betrogenen Aktienzeichners. In «Die Schweizerische Aktiengesellschaft 1934/35.
Ehrenberg V.: Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht. 1880.
Haab R.: Die Reform des Gesellschafts- und des Wertpapierrechts in der Schweiz. In ZHR 1927.
Haab R.: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. In Zeitschrift des bernischen Juristenvereins Band 62.
Hachenburg M.: Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Berlin 1926.
— Die GmbH. in der Schweiz. In Zentralblatt für Handelsrecht. 36. Jahrgang 1926.
— Die GmbH. in der Schweiz. In Zeitschrift für schweiz. Recht n. F. Bd. 55 1936.
Jaeger: Kommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.
Lehmann K.: Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Auflage. Leipzig 1912.
Liefmann: Die Unternehmungsformen. Stuttgart 1933.
Molitor E.: Die ausländische Regelung der GmbH. und die deutsche Reform. Berlin 1927.
Moor: Der Konkurs der Kollektivgesellschaft und ihrer Mitglieder. Diss. Bern 1918.
Müller P.: Aufgabe und Gründung der GmbH. nach schweiz. Obligationenrecht. Zürich 1938.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. Lehrbuch. 2. Auflage 1927.
Neukamp-Becker: Das Reichsgesetz betr. die GmbH. 5. bis 7. durchgearb. und vermehrte Auflage. Berlin 1922.
Nothnagel: Beschränkte Haftung. Wien 1900.
Oser: Das schweiz. Obligationenrecht. Allg. Teil 1929.
Schneider und **Fick**: Kommentar zum schweiz. Obligationenrecht. Zürich 1915.

Schoch O.: Die Haftungsverhältnisse bei der GmbH. Diss. Zürich 1929.
Scholz: Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Köln 1928.
Schreiber O.: Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik. 1914.
Schunke: Die Verpflichtung der Gesellschafter einer GmbH. zur Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals. Diss. Leipzig 1916.
Schweizer: Die Wünschbarkeit der Einführung der GmbH. in der Schweiz. In SJZ 1922/23 Bd. 19.
von Schwerin Cl.: Schuld und Haftung im geltenden Recht. 1911.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 9. Auflage. Berlin 1912.
Syz A.: Die Einzahlungsarten der Bareinlage bei der A.-G. und der GmbH. Diss. Zürich 1935.
von Thur A.: Allg. Teil des schweiz. Obligationenrechts. Tübingen 1924 und 1925.
Wieland A.: Die Apportgründung der A.-G. in ZSR. Bd. 42 n. F. 1923.
Wieland K.: Handbuch des Handelsrechts. Berlin und Leipzig 1921. 2 Bde.
— Die Aktiengesellschaft und die GmbH. im Entwurf eines revidierten O. R. In ZSR Bd. 41 n. F. 1922.
Festgabe für Karl Wieland: **Fehr**: Das dynamische Recht im künftigen schweiz. Handelsrecht.
Wettstein G.: Gründung und Geschäftsführung von Aktiengesellschaften. In «Die Schweiz. A.-G.» 1932.

Gesetze, Gesetzesentwürfe und Berichte.

Das Schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dez. 1936.
Entwurf eines Bundesgesetzes betr. die Revision der Titel 24—33 des OR, vom Dezember 1919 (zit. VE I).
Bericht zum VE I, erstattet im März 1920, verfasst von Eugen Huber.
Entwurf eines Bundesgesetzes betr. die Revision der Titel 24—33 des OR, vom Dezember 1923 (zit. VE II).
Bericht zum VE II, erstattet im Dezember 1923, verfasst von Arthur Hoffmann.
Protokoll der Experten-Kommission, herausgegeben vom Eidg. Justiz- und Polizei-Departement. 1927.
Entwurf eines Bundesgesetzes betr. die Revision der Titel 24—33 des OR, vom 21. Februar 1928 (zit. E).
Botschaft des Bundesrates zum Entwurf vom 21. Februar 1928.
Deutschland: Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892. Letzte Fassung vom 28. Juni 1928.
Frankreich: Loi du 7 mars 1925, tendant à instituer des Sociétés à Responsabilité limitée.
Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.
Das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.